

Bestevilkårsklausuler

Kandidatnummer: 589

Leveringsfrist: 25.11.2008

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 16440 ord

28.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens problemstilling og legislative hensyn	1
1.2	Emne og avgrensninger	1
1.3	Metode	2
1.3.1	Generell metode for norsk konkurranserett.	2
1.3.2	Særskilt metode i relasjon til bestevilkårsklausuler	3
1.4	En generell presentasjon av konkurranselovgivningen.	4
1.4.1	Konkurranselovens § 10 og EØS artikkel 53.....	4
1.4.2	Konkurranselovens § 11	6
1.5	Forholdet mellom konkurranselovens §§ 10 og 11.	7
1.6	Den videre fremstilling	7
<u>2</u>	<u>BEGREPSBRUK OG DEFINISJONER</u>	<u>8</u>
2.1	Avtaletypen bestevilkårsklausuler	8
2.1.1	Definisjon av bestevilkårsklausuler	8
2.1.2	Ulike typer bestevilkårsklausuler.....	9
2.2	Det relevante marked	13
2.3	Partenes stilling på det relevante marked.	15
<u>3</u>	<u>DEN KONKURRANSERETTSLIGE VURDERING AV</u>	
	<u>BESTEVILKÅRSKLAUSULER.</u>	<u>16</u>
3.1	I hvilken grad kan bestevilkårsklausuler rammes av de materielle vilkår oppsatt i konkurranselovens § 10 første ledd og § 11?.....	16

3.1.1	Samarbeidskriteriet i konkurranselovens § 10.	16
3.1.2	Foretaksbegrepet i konkurranselovens §§ 10 og 11.	17
3.1.3	Forbudsprinsippet i konkurranselovens §§ 10 og 11.	19
3.1.4	<i>Første vurderingstema: Hvordan ville konkurransen sett ut foruten en bestevilkårsklausul?</i>	20
3.1.5	<i>Andre vurderingstema: Avveining mot grunnidealet i konkurranseretten.</i>	31
3.1.6	<i>Tredje vurderingstema: Avveiningen mot den effektive konkurranse.</i>	34
3.1.7	Merkbarhetskravet i konkurranselovens § 10 første ledd.	42
3.1.8	Konklusjon: I hvilken grad vil en bruk av bestevilkårsklausuler rammes av de materielle vilkår oppsatt i konkurranselovens §§ 10 første ledd og 11?	46
3.2	Kan en bestevilkårsklausul allikevel tillates etter konkurranselovens § 10, tredje ledd eller den ulovfestede læren om objektiv begrunnelse etter konkurranselovens § 11?	48
3.2.1	Innledning	48
3.2.2	Bestevilkårsklausuler, gjenstand for gruppefritak?	50
3.2.3	Effektivitetsgevinster	52
4	<u>RETTLIGE KONSEKVENSER AV AT EN BESTEVILKÅRSKLAUSUL ANSES FOR Å VÆRE I STRID MED KONKURRANSELOVGIVNINGEN.</u>	55
4.1	De rettslige sanksjoner ved overtredelse av konkurranselovens § 10 og/eller § 11.	56
5	<u>DE LEGE FERENDA.....</u>	57
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	59
6.1	Bøker.....	59
6.2	Artikler	59
6.3	Lovgivning.....	60
6.4	Dommer	60
6.5	Forarbeider/ Etterarbeider.....	62
6.6	Nettdokument.....	62

6.7	Personlig meddelelse.....	63
-----	---------------------------	----

<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>
----------	--	----------

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling og legislative hensyn

Oppgavens siktemål er å belyse problemstillinger knyttet til bruk av bestevilkårsklausuler i avtaler mellom ulike aktører ved kjøp av varer og tjenester innen EØS- området. Dette er av betydning for å kunne vurdere om en avtale vil være gyldig etter konkurranserettens regler. Denne situasjonen reguleres i norsk konkurranserett av konkurranseovens §§ 10 og 11, og for de grenseoverskridende avtaler av EØS artikkel 53 og 54 jf. EF- traktatens artikkel 81 og 82.

Etter konkurranseovens § 1 er reglenes formål å sørge for en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Konkurransereglens formål er videre å opprettholde selve konkurranseprosessen ved å hindre forbudt samarbeid og utnyttelse av markedsrett¹.

Hensynet til effektiv utnyttelse og ivaretagelse av konkurranseprosessen ligger som et bakteppe i konkurranseretten. Konkurranselovgivningen ivaretar disse hensynene ved å ugyldiggjøre de tiltak som virker begrensende på konkurransen. Et sentralt tema i konkurranseretten er da å identifisere de konkurransebegrensende tiltak og konkret vurdere de typiske situasjoner der konkurransebegrensende adferd inntreffer. Det er mot dette konkurransepolitiske landskap bruken bestevilkårsklausuler må vurderes.

1.2 Emne og avgrensninger

¹ *Norsk Konkurranserett*, (2006) side 25.

Emnet i oppgaven er en vurdering av i hvilken grad avtaletypen bestevilkårsklausuler hemmer en optimal utnyttelse av ressursene i samfunnet. Bruk av bestevilkårsklausuler er rettslig sett en vurdering i forhold til konkurranselovens §§ 10 og 11, bestemmelser som er ment å harmonisere med EØS artikkel 53 og 54. I EU fremgår de samme forbudsbestemmelser av EF- traktatens artikkel 81 og 82².

Bestevilkårsklausuler har blitt plassert som en variant av pristilpasningsklausuler³. En pristilpasningsklausul er en garanti mellom foretak og sluttforbruker om å tilby samme pris eller legge seg på en lavere pris for samme vare enn konkurrentene innen samme relevante marked. Garantien er egnet til å lage en forbindelse mellom pris for en spesiell produkttype krevet av en butikkjede, og prisen for samme vare solgt i en annen butikkjede. For eksempel, Flisekompaniet selger en spesiell flis for 60 kr pr. kvadratmeter. Dersom man går til konkurrenten Modena vil man få samme type vare til samme pris. Det er et viktig juridisk skille mellom bestevilkårsklausuler og pristilpasningsklausuler. I og med at bestevilkårsklausuler inneholder et løfte om å selge til ulike kjøpere til samme pris, er de i utgangspunktet i overensstemmelse med prisdiskrimineringsreglene⁴. En pristilpasningsgaranti kan imidlertid selge til ulik pris til hver kunde. Jeg velger å avgrense mot en nærmere redegjørelse for denne type garantier i, da en vurdering av også disse vil gjøre oppgaven for omfattende.

1.3 Metode

1.3.1 Generell metode for norsk konkurranserett.

Et særpreg ved den norske konkurranserett er at internasjonale rettskilder har en spesielt stor rettskildemessig betydning som rettskilde. EF- traktatens og EØS- avtalens konkurranseregler har effektiv ressursbruk som en helt sentral målsetning, det samme har

² NOU 2003:12, side 56.

³ Akman Pinar, (2006) side 11.

⁴ Akman Pinar, (2006) side 11.

den svenske og danske konkurranselov. Denne parallelliteten i lovens overordnede formål, og den betydning som juridisk teori har innen konkurranseretten, gjør at det kan forventes en likhet i hvordan konkurranserettslige problemer identifiseres og løses⁵. I Europa har konkurranselovene etter mønster av konkurransereglene i EF- traktaten, fått nærmest likelydende forbud mot konkurransebegrensende atferd. Konkurranselovens § 10 er laget med sikte på å harmonisere den nasjonale lovgivning med EØS art 53 og EU traktatens art 81, mens konkurranselovens § 11 er ment å harmonisere EØS art 54 og EU traktatens art 82⁶. Et felles hovedformål og forbudsbestemmelser som er utformet tilnærmet likt er egnet til å skape en ensartet rettsutvikling i Europa. Dette fører til at EF- domstolens avgjørelser i tilknytning til artikkel 81 og 82 har en meget stor rettskildemessig betydning for tolkningen av EØS lovgivningen, og den norske konkurranselovgivning. EF- domstolens og Kommisjonens tolkninger og rettsavgjørelser av artikkel 81 og 82 skal legges direkte til grunn ved tolkningen av EØS- avtalens artikkel 53 og 54, og konkurranselovens §§ 10 og 11⁷. Det samme vil avgjørelser truffet av EFTA-domstolen rundt tolkningen av EØS- avtalens konkurranseregler. Derimot har andre lands tolkning av sin konkurranselovgivning ikke status som rettskilde innen konkurranseretten. Men med dette utelukkes likevel ikke at utenlandsk praksis kan brukes som eksempler på løsning av tolkningsspørsmål, og som illustrasjon for hvordan disse kan løses⁸.

1.3.2 Særskilt metode i relasjon til bestevilkårsklausuler

Ved min vurdering av bestevilkårsklausuler har jeg brukt utenlandsk rettspraksis nettopp i den hensikt å illustrere hvordan problemstillingene rund bestevilkårsklausuler har vært løst i andre land. De konkurransemessige sider av bestevilkårsklausuler har vært gjenstand for en relativt omfattende akademisk debatt og resultert i et større antall juridiske avgjørelser i

⁵ Karnov, konkurranseloven note (2).

⁶ NOU 2003: 12 Side 61.

⁷ NOU 2003:12 side 49.

⁸ Karnov, konkurranseloven note (2).

USA⁹. I europeisk konkurranserett har det imidlertid vært mindre fokus på problemstillingen. Amerikansk rettspraksis og juridisk teori har i utgangspunktet ikke stor egenvekt som rettskilde, men da det forligger lite europeisk teori og rettspraksis på området, vil amerikansk rettspraksis og juridisk teori ha større egenvekt enn normalt, og vil i alle tilfelle være en kilde å hente argumenter fra. De aktuelle amerikanske regler er nedfelt i *the Sherman Act* artikkel 1 og 2. Terminologien i disse bestemmelsene samsvarer til en viss grad med EF- traktatens artikkel 81 og 82. Denne terminologiske likhet gjør at amerikansk rettspraksis kan være en nyttig kilde som argumentbærer.

1.4 En generell presentasjon av konkurranselovgivningen.

1.4.1 Konkurranselovens § 10 og EØS artikkel 53.

Konkurranselovens § 10 og EØS artikkel 53 rammer de avtaler mellom foretak som er egnet til å begrense konkurransen til skade for konkurrenter eller etterspørere. Bestemmelsen har gjennom EF- domstolens tolkninger blitt gitt et vidt nedslagsfelt, og rammer både de vertikale og horisontale samarbeidsavtaler. Vertikale avtaler er avtaler inngått mellom en leverandør og en avtaker, innen samme produksjonskjede, mens horisontale samarbeidsavtaler er avtaler inngått mellom samme trinn i produksjonskjeden¹⁰. Konkurranselovens § 10 gjelder konkurranseskadelig adferd som er innenfor Norge, og som ikke nødvendigvis påvirker samhandelen. Forbudet i konkurranselovens § 10 og EØS- avtalens artikkel 53, kommer parallelt til anvendelse i Norge på konkurransebegrensninger som påvirker samhandelen innenfor EØS¹¹. EØS artikkel 53 oppstiller fire kumulative vilkår for at en avtale skal anses som i strid med lovgivningen. Essensen i vilkårene er at det må foreligge en form for samordnet opptreden. Denne samordnende opptreden må ha en konkurransebegrensende formål eller virkning, og dette må påvirke samhandelen

⁹ Som for eksempel dommene; *United States v. Delta Dental of Rhode Island*, 943 F. Supp. 172 (D.R.I. 1996); (1990); 1995; *Blue Cross and Blue Shield of Ohio v. Marshfield Clinic, Ocean State Physicians Health Plan v. Blue Cross and Blue Shield of Ohio of Rhode Island*, 464 U.S. 1027

¹⁰ *Konkurranseloven med kommentarer* (1999), side 46.

¹¹ Karnov, *EØS- Konkurranseloven*, § 7 note (31)

mellom EØS – stater. I tillegg har EF- domstolen blitt innfortolket et merkbarhetskrav. Dette ble etablert av EF-domstolen i *Société Technique Minière*¹² hvor domstolen sa følgende;

*”vis der ved en undersøkelse af bestemmelser ikke kan fastslås nogen begrænsning af konkurrancen der er tilstrækkelig skadelig, må der foretages en undersøgelse af aftalens virkninger; og for at aftalen skal kunne omfattes af forbudet må der foreligge omstendigheter, der i sin helhed har ført til, at konkurrancen faktisk er hindret eller mærkbart innskærpet eller fordrejet”*¹³.

Dette for å sikre at det kun er de avtaler som har en begrensning eller et potensial for å begrense konkurransen som rammes. Dette kriteriet gjelder også i forhold samhandelskriteriet i EØS artikkel 53, samhandelen må merkbart begrenses for at forbudet skal komme til anvendelse¹⁴.

Etter konkurranseloven § 10 tredje ledd kan det gis fritak fra forbudet etter første ledd. Dette fritaket kan gis for avtaler som på tross av sine konkurransebegrensende elementer, kan medføre gevinster for partene og samfunnet som helhet. Dersom disse gevinstene kan sies å veie opp for de konkurransebegrensende elementer, kan en avtale gå klar av forbudet i første ledd¹⁵. Et slikt fritak kan gis individuelt for den enkelte avtale, eller for grupper av avtaler ved de såkalte ”gruppefritak”. Dersom konkurranselovens § 10 må anses som overtrådt, vil rettsvirkningen av dette være at avtalen vil være er som ugyldig så langt ugyldigheten rekker¹⁶. Den resterende del av avtalen vil stå seg som gyldig, med mindre den må anses som å bryte de alminnelige avtalerettslige prinsipper slik disse er kommet til uttrykk i avtaleretten¹⁷.

¹² Sak 56/65, *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*.

¹³ Sak 56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*.

¹⁴ EØS-RETT (2005) side 529.

¹⁵ EØS- RETT (2005) side 535.

¹⁶ Karnov, *Konkurranseloven § 10 annet ledd* note (78)

¹⁷ *Konkurranserett*, (2000) side 168.

1.4.2 Konkurranselovens § 11

Konkurranselovens § 11 forbyr utilbørlig utnyttelse (misbruk) av dominerende stilling. For å rammes av regelen må bedriften være en dominerende aktør i markedet, samt at bedriften må utnytte denne posisjonen på en utilbørlig måte. En bedrift er å anse som dominerende dersom foretaket på grunn av sin økonomiske posisjon er i stand til å opptre uavhengig av konkurrenter og forbrukere, og på denne måten hindre at det opprettholdes en effektiv konkurranse på det relevante marked¹⁸. Forbudet i konkurranselovens § 11 anvendes parallelt med EØS- avtalens artikkel 54 dersom det er tale om konkurransebegrensninger som påvirker samhandelen innenfor EØS¹⁹.

Det er viktig å skille mellom lovligheten av å ha en dominerende stilling på markedet, og ulovligheten av å utilbørlig utnytte denne situasjonen. Det er bare det sistnevnte som rammes av bestemmelsen, og omfatter både det man kan karakterisere som utnyttende misbruk og ekskluderende misbruk. En utnyttende misbruk karakteriseres ved at man misbruker ved å utnytte markedsmakten på en utilbørlig måte ovenfor kunder og leverandører. Ekskluderende misbruk innebærer atferd som på en utilbørlig måte stenger konkurrenter ute fra konkurransen, eller gir konkurrentene en svakere posisjon i konkurransen. Misbruk er et vidt begrep som omfatter mange former for adferd. Hva som kan karakteriseres som misbruk er i stor grad et utslag av en konkret vurdering. I *Hoffman – La Roche*²⁰ var kommisjonens vurderingstema om bedriftens adferd kunne karakteriseres som et normalt utslag av konkurransen på markedet²¹. Dette momentet ble senere bekreftet i flere saker, som blant annet i *Michelin*²².

¹⁸ Sak 27/76, *United Brands Company mot Kommisjonen*, gjentatt i mange senere saker.

¹⁹ Karnov, *EØS- Konkurranseloven*, § 7 note (31)

²⁰ Sak 85/76 *Hoffman- La Roche*, premiss 91.

²¹ *EØS-RETT* (2005) side 563.

²² T-322/81 *Michelin mot Kommisjonen*, premiss 71.

Virkningen dersom et dominerende foretak har misbrukt sin dominerende stilling ved utformingen av avtaleklausulen, er at den begrensende avtaleklausul anses som ugyldig mellom partene²³.

1.5 Forholdet mellom konkurranselovens §§ 10 og 11.

Som nevnt er nedslagsområdet til konkurranselovens § 10 konkurransebegrensende opptreden mellom foretak som resulterer i en begrensning av markedet, mens konkurranselovens § 11 rammer et foretaks misbruk av sin dominerende stilling innen det relevante marked. Den viktigste forskjell mellom bestemmelsene er at § 10 krever en form for samarbeid mellom foretakene, mens § 11 rammer de tilfeller hvor en avtaleklausul er et resultat av et misbruk, utført av det dominerende foretak. Dette medfører at den ene bestemmelsen ikke utelukker den andre, og begge kan anvendes på samme avtale eller opptreden²⁴. På dette området er konkurranselovens §§ 10 og 11 uavhengige av hverandre.

1.6 Den videre fremstilling

Den overordnede rettslige problemstilling i denne oppgaven er å vurdere i hvilken grad en bruk av bestevilkårsklausuler i avtaler er en avtaleform som fremmer eller begrenser konkurransen. En slik vurdering er viktig for å kunne fastslå om de ulike bestevilkårsklausuler er av en slik karakter at de er i strid med konkurranselovgivningen. Oppgavens problemstilling vil besvares ved en vurdering av om avtalene som inneholder en bestevilkårsklausul vil rammes av de materielle vilkår oppsatt i konkurranselovens § 10 første ledd, dernest om avtalene allikevel kan unntas etter en vurdering etter konkurranselovens § 10 tredje ledd. Jeg vil i oppgaven også undersøke om en bruk er å anse som misbruk av dominerende stilling etter konkurranselovens § 11.

²³ *Konkurrenseretten i EU* (2003) side 580.

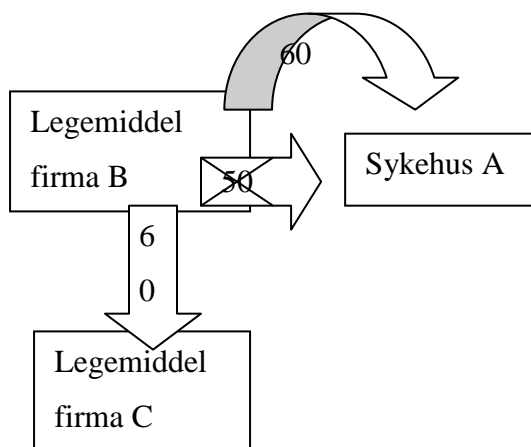
²⁴ *Vertical Agreements in EC Competition Law*, (2006) side 9.

2 Begrepsbruk og definisjoner

2.1 Avtaletypen bestevilkårsklausuler

2.1.1 Definisjon av bestevilkårsklausuler

En bestevilkårsklausul defineres som en klausul i en avtale mellom to eller flere parter hvis innhold er at et produkt skal leveres til best mulig vilkår i en gitt tidsperiode. Dersom tilbyderer forbedrer sine vilkår overfor en kjøper, må han forbedre vilkårene tilsvarende overfor den bestevilkårsbegunstigende²⁵. Denne type avtale kan inngås mellom foretak, eller foretak og forbruker²⁶. En avtale mellom to bedrifter vil typisk inneholde en forpliktelse for selger til å kompensere kjøperen hvis selgeren selger produktet til en lavere pris eller gir bedre vilkår til andre som er interessert i samme produkt innenfor en viss tidsperiode. Forklart på en annen måte, dersom sykehus A inngår en kjøpsavtale av medisiner med legemiddelfirmaet B, og B senere inngår samme type kjøpsavtale med bedre vilkår med sykehus C, vil B etter bestevilkårsklausulen med sykehus A være forpliktet til å gi sykehus A de samme vilkår som ble gitt sykehus C.



²⁵ Doherty F. James Jr, (dato ukjent) side 1.

²⁶ Det er ingen definisjon av termen "forbruker" i konkurranseloven. Men det tilsvarende begrepet i EØS artikkel 53 (3) tolkes til å omfatte ikke bare sluttbrukere, men også alle etterspørre, jf Karnov, *konkurranseloven* § 10, note (88).

Dersom avtalen inneholder en forpliktelse overfor forbrukere, vil dette som oftest innebære en forpliktelse for tilbyderen å sikre at den begunstigede forbruker i kontraktsperioden alltid tilbys de beste vilkår. Hensikten bak en bestevilkårsklausul vil som oftest være å sikre seg en større del av markedet, hindre nyankomne markedsaktører tilgang til markedet, eller sikre seg lojale kunder dersom markedet er preget av hard konkurranse.

Avtaler med generelle bestevilkårsklausuler blir brukt i Norge. Man kan tenke seg en bruk i en kommisjonsavtale mellom to store norske foretak. I punkt 7 i avtalen har kommisjonæren inntatt et punkt som lød som følger; ”*Kommittenten yter % provisjon av de salg Kommisjonæren i oppdragstiden slutter for Kommittentens regning. Kommittenten garanterer at ikke andre kommisjonærer oppnår bedre provisjon enn Kommisjonæren etter Avtalen. Dersom det avdekkes at andre har bedre provisjonssatser enn Kommisjonæren skal Kommisjonæren godskrives differansen mellom den til enhver tid høyeste provisjonssats Kommittenten tilbyr og provisjonssatsen fastsatt i Avtalen*”.

Dette er et godt eksempel på hvordan en bestevilkårsklausul kan brukes i kontrakter, og viser den praktiske siden av bestevilkårsklausuler.

2.1.2 Ulike typer bestevilkårsklausuler

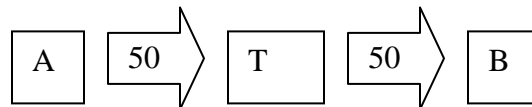
Det er i juridisk teori gjort ulike forsøk på å trekke opp generelle retningslinjer for forståelsen av bestevilkårsklausuler. Jeg vil i det følgende gjøre rede for terminologien rundt de ulike skisserte typetilfeller.

Ved en konkurranserettslig vurdering av bestevilkårsklausuler er det nødvendig å skille mellom de såkalte ”ekte” og ”uekte” bestevilkårsklausuler²⁷. De ”ekte” bestevilkårsklausuler kjennetegnes ved at det bundne selskap forplikter seg til å ikke tilby gunstigere vilkår til andre foretak, hvilket fører til en umiddelbar begrensning av det bundne

²⁷EG- *Kartellrecht*, (2005) side 398.

selskaps handlefrihet. Gjennom de såkalte ”uekte” bestevilkårsklausuler er det bundne selskap forpliktet til å tilpasse avtalen med den primære kontraktspart hver gang det bundne foretak tilbyr andre foretak gunstigere vilkår. På grunn av denne forpliktelsen kan det hevdes at de ”uekte” bestevilkårsklausuler medfører en indirekte begrensning av det bundne foretaks handlingsfrihet overfor potensielle kunder.

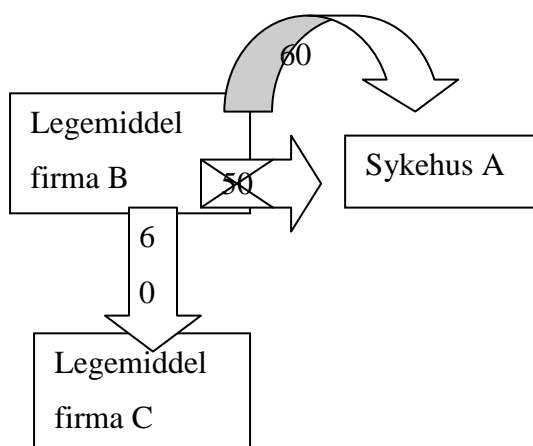
Et skille er også satt mellom tre ulike typetilfeller²⁸. I det første tilfellet vil A gi de samme vilkår til B som han ville ha gitt en hvilken som helst tredjepart. Dette en ”uekte” bestevilkårsklausul da det fortsatt er opp til A hvilke vilkår han ønsker å tilby B.



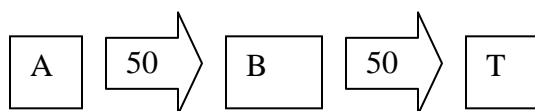
Dette er praktisk i de leveranseavtaler hvor det er vanlig at samme avtalevilkår, for eksempel standardvilkår, inngås med ulike avtaleparter, uten noen konkret kontraktsforhandling. Her er det de vilkår som blir inngått eller tenkes inngått med en tredjepart som legger føringer på hvilke vilkår som blir tilbudt B. Et eksempel kan være matvarekjeden R. De avtaler R som bedrift inngår med ulike transportbedrifter vil typisk være standardavtaler med samme vilkår for de ulike transportfirmaene.

I situasjon nummer to gir foretak A en tredjemann bedre vilkår enn gitt foretak B. For å unngå erstatningsansvar må A gi de samme vilkår til B som ble gitt tredjeparten. Dette er den samme situasjonen som beskrevet ovenfor med henvisning til eksempelet om sykehus A. Denne type klausul er en såkalt ”uekte” bestevilkårsklausul.

²⁸ Black (1994) side 1.



Den tredje variant, men også en såkalt ”ukekte bestevilkårsklausul”, er at A gir vilkår til en hvilken som helst tredjepart, men disse er ikke bedre enn de vilkår som ble gitt B.



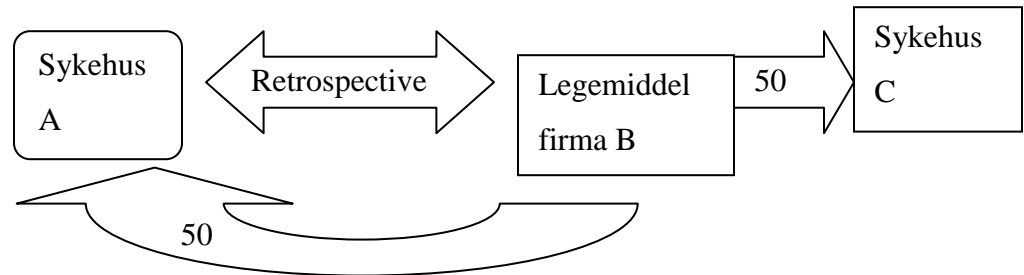
Mens det i det første situasjonstilfellet er tredjeparten som legger føringer, er det her B som legger føringer på hvilke vilkår som blir tilbudt tredjeparten. Det er i juridisk teori blitt hevdet at den første nevnte typesituasjon ikke kan anses som en begrensning på konkurransen da avtalens eneste virkning er å tillegge A en plikt til å ikke diskriminere sine kunder. Men på den annen side kan man også vurdere situasjonen slik at A vil kalkulere og ta med i beregningen de vilkår A vil måtte gi B, før A presenterer sine vilkår til en tredjeperson²⁹.

Det er i juridisk og økonomisk teori også trukket et skille mellom såkalte ”retrospective” bestevilkårsklausuler, og de klausuler som blir titulert som ”contemporeanus”³⁰. Begge typer blir typisk brukt i langtidskontrakter, og der er i all hovedsak tidsperspektivet som skiller disse to typene fra hverandre. Den ”retrospective” klausul vil ved tidspunktet hvor avtalen får rettslig virkning gjelde alle foretak og personer som tidligere har inngått avtaler

²⁹ Black(1994) side 1.

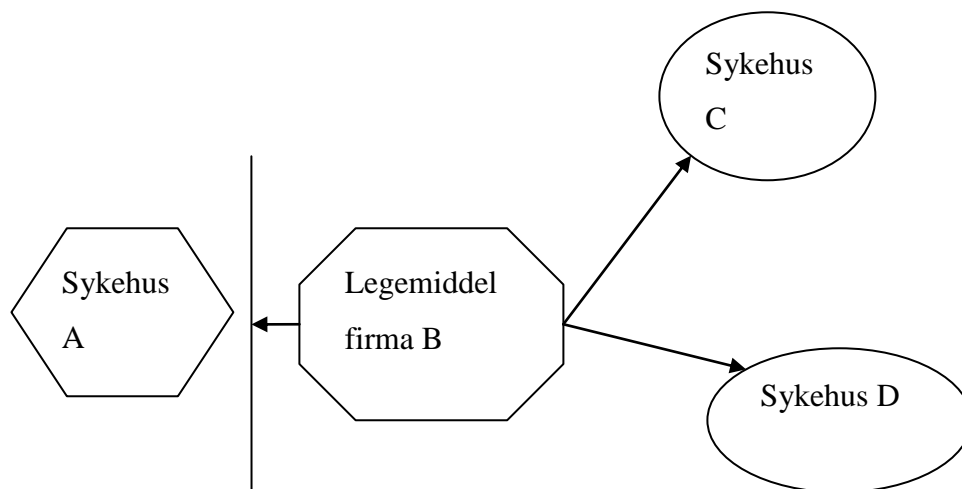
³⁰ Sigrid Stroux. (2002/6) side 26. Par Emanuelsson & Oskar Lindholm, (2000) side 50.

med selskapet. Den ”retrospective” klausul får tilbakevirkende kraft. Effekten er at dersom vilkårene i avtalen blir endret innen en gitt tidsperiode, vil de forbedrede vilkår også presenteres for de bestevilkårsbegunstigede.



Som illustrasjon kan man bruke det tidligere nevnte eksempel med legemiddelfirmaet B. B inngår en kontrakt med sykehus C, og tidligere har legemiddelfirmaet B inngått en ”retrospective” klausul med sykehus A. Dersom B på et gitt tidspunkt nedsetter prisen på et medikament overfor sykehus C, må B også nedsette prisen overfor sykehus A.

En ”contemporeanus” klausul gjelder kun i den tidsperioden den er gitt, og gjelder kun de kundene den er gitt til. Denne type selektive rabatter reduserer en bedrifts kostnad ved å bruke bestevilkårsklausuler, og fungerer derfor ikke avskrekkende for bedriften.



Legemiddelfirmaet B har inngått en slik klausul med sykehusene C og D. En endring av vilkår for samme medikament som er i avtalen med A sykehus vil kun ha rettslig virkning

overfor C og D. Sykehus A kan ikke dra nytte av de forhandlede avtaler mellom B og deres kontraktparter.

2.2 Det relevante marked

En avgrensning av det relevante marked er nødvendig for å kunne foreta en riktig økonomisk analyse av om en bestevilkårsavtale begrenser markedsaktørens frihet. Avgrensningen av det relevante marked setter de faktiske rammer for denne analysen. Det relevante marked fungerer som en kvalifikasjonsnorm, hvor reglene for avgrensningen av markedet kvalifiserer hvilke saksforhold eller markedsfaktorer som skal tilordnes den konkurranserettslige vurdering av bestevilkårsklausuler³¹. Rettspraksis har presisert avgrensningen av det relevante marked til å omfatte både en vurdering av hva som anses som det relevante produktmarked, se *Istituto Chemioterapico Italiano SpA v Commission*³² og hva som er å anse som det relevante geografiske marked, se *United Brands Co. v Commission*³³. Utgangspunktet for avgrensningen av produktmarkedet er etterspørselstetthet på tilbudssiden. Det må foretas en konkret vurdering av om konsumentene anser andre produkter som substituerbare med foretakets produkter. Kun i de tilfelle hvor produktene anses for å være tilnærmet likeverdige vil disse bli ansett for å tilhøre samme produktmarked.

Eksempler på avgrensningen av det relevante marked hva gjelder bestevilkårsklausuler finnes i den danske Konkurrencesstyrelsen sine avgjørelser relatert til bestevilkårsklausuler³⁴. I sin vurdering av ”*Mobilix A/S’ distributionsaftale med Merlin A/S*”³⁵ ble det relevante produktmarked ansett for å være salg til privatkunder av landsdekkende teletjenester samt teleprodukter til bruk for mobiltelefon. Kundesegmentet som ønsket nås ved avtalen var privatkunder, da særlig de yngre eller privatkunder med et

³¹ EØS- rett (2005) side 510.

³² Forenede saker 6 og 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA v Commission*.

³³ Sak 27/76, *United Brands v Commission*, premiss 10.

³⁴ Om bruk av utenlandsk praksis, se pkt ”*Generell metode for norsk konkurranserett*”.

³⁵ J.nr. 2:8032-234/hh

begrenset behov. I avgjørelse av Konkurrancestyrelsen, *Distributionsaftale mellem Canal Digital A/S og TV2 Zulu A/S*³⁶ ble det relevante markedet bestemmende for avgjørelsen. Det var inngått en eksklusivitetsavtale mellom Canal Digital A/S og TV2 Zulu A/S. På grunn av markedets særegenhet ville en opphevelse av avtalen mellom partene ikke gjort det vesentlig lettere å etablere seg på det relevante marked. Markedet var preget av at det var den samme virksomhet som sto for både produksjonen av programmene, distribusjonen av disse, og kundeadministrasjonen. Det var et marked med en høy grad av vertikal integrasjon. Dette i seg selv gjorde det vanskelig for nye aktører som var uten en lignende vertikal integrasjon å integrere seg på markedet. Tilfellet i ”*Distributionsaftale mellem Canal Digital A/S og TV2 Zulu A/S*” omhandlet en eksklusivitetsavtale, men det må antas at det samme gjelder ved bestevilkårsklausuler. Det relevante produktmarkedet ble definert som markedet for tv- sendinger til kunder som mottar tv-signalet via en enkeltparabol. Videre var det Konkurrancestyrelsens vurdering at det her var tale om tre selvstendige markeder da det ikke umiddelbart var substituerbarhet mellom de tre ulike måtene å distribuere tv signaler på, enkeltparabol, kabelnett eller parabol. Det geografiske området var også meget lite, her begrenset til Danmark, et marked som var for lite til at en ny aktør kunne etablere seg her. Det var her markedets karakter, ikke avtalepartens opptreden, som vanskeliggjorde en inntreden i markedet. I den britiske avgjørelsen *Thomson Holidays*³⁷, var det relevante produktmarked salg av utenlandsreiser, innad i avtalen mellom reisearrangører og turoperatører, og til den enkelte forbruker. Dette gjorde at bestevilkårsklausulen både regulerte prisfastsettelse innad i avtalene mellom reisearrangører og turoperatører, samt prisen den enkelte forbruker måtte betale for reisen.

Den geografiske avgrensning innebærer en identifisering av hvilke virksomheter som i tilstrekkelig grad kan begrense foretakets markedsadferd innenfor det aktuelle produktmarked³⁸. Ved avgrensningen tas det utgangspunkt i utsalgsstedene som er omfattet av en konkurranseregulering, og man undersøker om etterspørkerne ville ha skiftet til andre

³⁶ Journal nr.3/1120-0301-0277/MVN/FI

³⁷ *Court of Appeal in R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p Thomson Holidays* [2000] ECC 321

³⁸ ESAs kunngjøring ”om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i Det europeisk økonomiske samarbeidsområde”.

produkter dersom prisen fra utsalgsstedet gikk varig opp³⁹. I samme sak, ”*Mobilix A/S’ distributionsaftale med Merlin A/S*”⁴⁰, var det geografiske området Danmark, men det kunne ikke utelukkes av markedet kunne være et mindre område om særlige forhold gjorde en slik avgrensning naturlig.

2.3 Partenes stilling på det relevante marked.

Markedsandeler benyttes i praksis som en indikator på markedsrett, og har derfor en sentral rolle i en konkurranserettslig vurdering. Rettspraksis vurderer i stor grad partenes markedsandel i forhold til de eksisterende aktørene på det relevante marked. I ”*Mobilix A/S’ distributionsaftale med Merlin A/S*”⁴¹ vurderte Konkurrencestyrelsen Mobilix og Merlin sin størrelse på markedet i forhold til de resterende aktører. Mobilix ble karakterisert som en mindre aktør på det samlede markedet for mobiltelefonabonnementer. Dette ble av Konkurrencestyrelsen trukket inn som et relevant moment i konkurransebegrensningsvurderingen under art. 81.1.ledd, vår konkurranselov § 10, 1.ledd. I saken, ”*Distributionsaftale mellem Canal Digital A/S og TV2 Zulu A/S*”⁴², var Canal Digital A/S den minste av to aktører på markedet. TV2 Zulu var også en liten aktør. Dette ble vektlagt i den senere subsummering av avtalen mot konkurransebegrensningskriteriet.

I den tidligere nevnte ”*Thomson Holidays*”⁴³, vektla retten at avtalen ble brukt av de to dominerende aktørene på markedet. Reisearrangørene ble av disse aktørene nærmest pålagt å bruke bestevilkårsklausulen. Partenes stilling vil således influere vurderingen både under konkurranselovens §§ 10 og 11.

Som jeg vil illustrere under den konkurranserettslige vurderingen av bestevilkårsklausuler er bestevilkårsklausuler er spesielt egnet til å begrense konkurransen når de blir brukt av en eller flere dominerende aktører på et oligopolistiskmarked.

³⁹ *Norsk Konkurranserett*, side 269.

⁴⁰ J.nr. 2:8032-234/hh

⁴¹ Ibid.

⁴² Journal nr.3/1120-0301-0277/MVN/FI

⁴³ *Court of Appeal in R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p Thomson Holidays* [2000] ECC 321.

3 Den konkurranserettslige vurdering av bestevilkårsklausuler.

3.1 I hvilken grad kan bestevilkårsklausuler rammes av de materielle vilkår oppsatt i konkurranselovens § 10 første ledd og § 11?

3.1.1 Samarbeidskriteriet i konkurranselovens § 10.

Samarbeidskriteriet definerer hvilke former for samarbeid som kan rammes av konkurranselovens § 10⁴⁴. Det har gjennom rettspraksis utviklet seg en egen forståelse av avtalebegrepets innhold innen konkurranseretten. Rettspraksis har gitt avtalebegrepet et vidt innhold⁴⁵. Avtalen behøver ikke å være rettslig bindende⁴⁶, og er heller ikke underlagt formkrav⁴⁷. Avgjørende er at det kan konstanteres en felles vilje til å opptre på en bestemt måte på markedet⁴⁸. I konkurranseretten er det vanlig å skille mellom vertikale og horisontale avtaler. EF- domstolen har fastslått at artikkel 81 første ledd gjelder både for vertikale og horisontale avtaleforhold⁴⁹, og dette er klart også situasjonen etter konkurranselovens § 10 første ledd. Det har etter dette vært klart at forbudet mot konkurransebegrensende avtaler også retter seg mot vertikale kontraktsrelasjoner.

Bestevilkårsklausuler kan brukes både i vertikale og horisontale avtaleforhold.

I et vertikalt avtaleforhold mellom ”*Palsgaard A/S og Guldbageren A/S*”⁵⁰ vurdert av Konkurrancestyrelsen i 2002 var det inntatt en bestevilkårsklausul. Avtalen lød: ”*Creditin garanterer, at ingen kunder eller kæder i Danmark med et køb mindre en eller på størrelse med Guldbagerens samlede tonnage køber til priser bedre, end denne aftale foreskriver.*

⁴⁴ Norsk Konkurranserett, (2006) side 226.

⁴⁵ Sak C-41/69 *AFC Chemiefarma mot Kommisjonen*,

⁴⁶ Sak 209/78, *Van Landewyck v. Commission*, premiss 85-91

⁴⁷ Sak 28/77, *Tepea v. Commission*, premiss 17-57, en uformell muntlig avtale ble vurdert til å også være en ”avtale” i artikkel 81.

⁴⁸ Sak 209/78, *Van Landewyck v. Commission*, premiss 85-91

⁴⁹ Sak 56/65 Forende saker *Consten and Grundig v. Commission*.

⁵⁰ Journal nr.3/1120-0301-/Fødevarer og finans/jf

Skulle noget sådant dukke op, forpligter Credin sig til at godtgøre differencen på Guldbagerens medlemmeres samlede tonnage 1 år bagud”.

Bestevilkårsklausuler kan også ha vært gjenstand for en *beslutning truffet av sammenslutninger* av foretak. En ”*beslutning truffet av sammenslutninger* ” av foretak fanger opp former for samarbeid innenfor sammenslutningen av foretakene. Også dette begrepet er tolket vidt av EF- domstolen⁵¹, og det avgjørende er om den aktuelle handling, her bestevilkårsklausulen, er egnet til å begrense konkurransen. Heller ikke her foreligger det noen form for formkrav⁵².

Begrepet ”samordnet opptreden” er ment å fange opp de tilfeller som ikke går inn under avtalebegrepet. Kontakten mellom partene har vært for løs til at avtalekarakteristikken kan brukes. Ved bestevilkårsklausuler er det praktisk at foretak ensidig adopterer bestevilkårsklausulen slik at klausulen vil gjelde mellom foretaket og deres samarbeidspartnere uten en uttrykkelig avtale⁵³. EF- domstolen har definert begrepet i *ICI v Commission*⁵⁴, og uttalte:”... *a form of co-ordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes practical co-operation between them for the risks of competition.*”

Det har i juridisk teori og praksis vært lite tvilsomt at bestevilkårsklausuler vil oppfylle avtalekriteriet slik det er tolket i EF- traktatens 81 nr. 1, EØS artikkel 53 nr.1 og konkurranselovens §§ 10 første ledd.

3.1.2 Foretaksbegrepet i konkurranselovens §§ 10 og 11.

⁵¹ Forente saker 96-102/82 *I.A.Z International Belgium*,

⁵² Sak 96/82, *IAZ International Belgium NV v. Commission*

⁵³ *Cooper*, (1986) side 378.

⁵⁴ Forenede saker 48/69, 49/69 og 51-57/69, *ICI v. Commission* , premiss 64.

Foretakskriteriet i konkurranselovens §§ 10 og 11 definerer konkurransebegrensningskriteriets pliktsubjekter⁵⁵. Det EF/EØS- rettslige foretaksbegrep har et vidt anvendelses område. EF- domstolen har fastslått at begrepet omfatter enhver enhet som utøver økonomisk aktivitet, uansett enhetens rettslige status og finansieringsmåte⁵⁶. Også det faktum at virksomheten har potensial til å utøves av private utøvere kan være nok til å tilfredsstille foretaksbegrepet i konkurranselovgivningens §§ 10 og 11⁵⁷.

Bestevilkårsklausuler brukes av foretak i deres avtaler med deres samarbeidspartnere eller konkurrenter. Ofte vil ikke foretaksbegrepet i konkurranseloven skape problemer for konkurranselovens anvendelsesområde. Men bruken av bestevilkårsklausuler er også praktisk i avtaler brukt av offentlige serviceenheter, som sykehus og andre helseinstitusjoner. På 90- tallet var bruken av bestevilkårsklausuler innen helsetjenester stadig oppe til vurdering av de amerikanske myndigheter. Se den senere nevnte dom *Blue Cross and Blue Shield of Ohio*⁵⁸. I USA er aktørene innen helsesektoren stort sett private aktører, og forståelsen av foretaksbegrepet kom ikke på spissen i disse dommene. I Norge er aktørene i større grad offentlige serviceenheter. I avgjørelse A2005-21 og i veiledningsuttalelse av 22. august til Axess Sykehus og Spesialistklinikk AS uttalte konkurransetilsynet: ”... Tradisjonelt har helsetjenester vært sett på som en oppgave staten utøver etter solidariske prinsipper på vegne av fellesskapet. I de senere år har det imidlertid skjedd en omstrukturering av de offentlige helsetjenester som innebærer en styring basert på markedsprinsipper... Det eksisterer derfor en rekke tjenester som tilbys parallelt av det offentlige og private. På grunn av de offentlige ordningene, er det imidlertid ikke priskonkurranse mellom offentlige og private virksomheter... Offentlige og private virksomheter konkurrerer likevel på kvalitet og ventetid i den grad tjenesten tilbys parallelt”. Det samme må antas å gjelde for de tilfeller hvor bestevilkårsklausuler blir brukt av offentlige serviceenheter. Dersom selve bruken av bestevilkårsklausulen ikke ble

⁵⁵ Norsk Konkurranserett, (2006) side 226.

⁵⁶ C-41/90, Klaus Hofner og Fritz Elsner mot Macrotron GmbH.

⁵⁷ C-41/90, Klaus Hofner og Fritz Elsner mot Macrotron GmbH.

⁵⁸ Dommen side 23.

brukt i et tilfelle av ren sosial karakter vil bruken kunne subsumeres under konkurranselovens §§ 10 og 11.

3.1.3 Forbudsprinsippet i konkurranselovens §§ 10 og 11.

Konkurranselovens § 10 første ledd forbyr konkurransebegrensende samarbeid og rammer de avtaler der har til ”*formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen...*” jf § 10 første ledd. Konkurranselovens § 11 inneholder et forbud mot misbruk av dominerende stilling. I det følgende vil jeg redegjøre for spørsmål knyttet til bruk av bestevilkårsklausuler med fokus på en vurdering etter konkurranselovens § 10 første ledd. I de tilfeller hvor det er naturlig å også vurdere mot konkurranselovens § 11 vil jeg gjøre dette under en egen overskrift.

Konkurranseloven § 10 første ledd skiller mellom avtaler som har konkurransebegrensende formål, og de som har en konkurransebegrensende virkning, begge avtaletyper rammes av konkurranselovens § 10 første ledd. Rettspraksis har i liten grad vurdert formålbetraktninger i den konkurranserettslige vurderingen av bestevilkårsklausuler. Et område kan imidlertid problematiseres. Bestevilkårsklausuler kan bli brukt av et kartell for å sikre at formålet med kartellet opprettholdes. En bestevilkårsavtale kan være en måte å sikre avtalepartene ensartede forretningsvilkår⁵⁹. Dersom bestevilkårsklausulen er brukt i et kartell bør det undersøkes hva som var formålet med innføringen av bestevilkårsklausulen.

Ved en vurdering av om avtalen har en begrensende virkning på konkurransen må det foretas en konkret vurdering av klausulens effekt på konkurransen i det relevante marked. I virkningsvurderingen skal det tas hensyn til både de faktiske og potensielle virkninger klausulen kan ha på konkurransen⁶⁰. I følge Europakommisjonen vil dette kriteriet være tilfredsstilt dersom avtalen med ”*en rimelig grad af sandsynlighed kan ventes at få negativ*

⁵⁹ Se Baker (1996) side 2, avsnittet: ”*raising Rival's Costs*”

⁶⁰ Sak C- 7/95 P, *John Deere Ltd mot Kommisjonen*, premiss 77

virkning for priser, produktion, innovation, variation i udbud eller produktkvalitet på det relevante marked.”⁶¹.

Det er allmenn enighet om at det konkret må vurderes om en konkurransebegrensning virkning foreligger. Imidlertid har det vært gjenstand for en bred diskusjon hvilke vurderingstemaer det er naturlig å knytte opp i mot konkurransebegrensningskriteriet. I boken *Konkurrenseretten i EU*⁶², forsøker forfatteren å oppstille tre underproblemstillinger. Jeg velger å knytte min vurdering av konkurransebegrensningskriteriet opp imot disse vurderingstemaene.

For å avgjøre om en konkurransebegrensning virkning foreligger bør således tre grunnleggende spørsmål vurderes⁶³. For det første bør det overveies hvordan konkurransen ville sett ut uten avtalen, og om forelagte avtale bidrar til en vesentlig avvikelse fra situasjonen uten konkurranse. Videre må man vurdere avtalen opp i mot grunnidealet i konkurranseretten om at hver markedsaktør ut fra egne omkostningsforhold fastsetter sin markedsadferd. For det tredje bør avtalen veies mot den konkurranse konkurransereglene er ment å beskytte, nemlig den effektive konkurranse⁶⁴.

3.1.4 Første vurderingstema: Hvordan ville konkurransen sett ut foruten en bestevilkårsklausul?

3.1.4.1 Innledende bemerkninger.

Dette rettslige utgangspunkt for vurderingen ble fastsatt allerede i den tidligere nevnte dom, *Société Technique Minière*⁶⁵, hvor dommeren uttalte at man må ”*tage udgangspunkt i konkurrenceforholdene, som de ville være uden den pågældende aftale*”. Vurderingen av

⁶¹ Europakommisjonens retningslinjer for anvendelsen av EØS- avtalens artikkel 53. nr 3, avsnitt 24.

⁶² Side 90.

⁶³ *Konkurrenseretten i EU* (2003) side 90, jf Bellamy & Child, side. 98f.

⁶⁴ Ibid, side 90-91.

⁶⁵ Sak 56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*.

bestevilkårsklausulen må således vurderes med utgangspunkt i de konkrete markedsforhold og den økonomiske kontekst avtalen inngår i⁶⁶.

Generelt har det blitt fremhevet at bestevilkårsklausuler kan redusere aktørenes insentiv til å konkurrere med hverandre innen det relevante marked. Konsekvensen kan være en redusert konkurranse og prisforhøyning. Spørsmålet blir etter dette i grad bestevilkårsklausuler kan begrense insentivet til aktørene på det relevante marked.

*Baker*⁶⁷ hevder at bestevilkårsklausuler er egnet til å dempe priskonkurransen. Begrunnelsen for dette ligger i bestevilkårsklausulens forpliktende karakter, dersom man reduserer ovenfor en, må man også redusere overfor resten av avtalepartene. I situasjoner hvor konkurrentene responderer på bestevilkårsklausulen ved å selv opptre passivt, vil bedriften med bestevilkårsklausulen også selv konkurrere mindre. Når konkurrentene opptrer passivt overfor foretaket med bestevilkårsklausulen, har foretaket med bestevilkårsklausulen liten grunn til å selv forbedre sine vilkår. En intens rivalisering i en bransje reduserer den gjennomsnittlige profitt for aktørene. En passiv opptreden kan derfor være lønnsomt for begge parter. I sin artikkel hevder *Fehr*⁶⁸, at kunder reagerer positivt på en bestevilkårsklausul, og vil derfor være lojale mot det foretak som innfører en slik klausul. I de tilfeller hvor konkurrentene forholder seg passivt til klausulen vil foretaket med bestevilkårsklausulen beholde sine kunder uten å måtte ty til andre konkurransemidler. Forutsatt at det er få aktører på markedet, at et høyere prisnivå ikke vil medføre at nye aktører deltar i markedet, samt at det er usannsynlig at ytre årsaker vil medføre endringer i tilbud og etterspørsel, vil det reduserte insentiv lede til en forhøyning av prisnivået⁶⁹.

Også Europakommisjonen har påpekt at bestevilkårsklausuler kan ha uheldige effekter på konkurransen. I sine retningslinjer for anvendelsen av EF- traktatens artikkel 81 på teknologioverføringsavtaler fremhever kommisjonen bestevilkårsklausulens horisontale effekter: ” *Den direkte eller indirekte prisfastsettelse kan også gjøres mer effektiv, hvis den*

⁶⁶ *Konkurrenseretten i EU*, (2003)side 95.

⁶⁷ *Baker*, (1996)side 3.

⁶⁸ *Fehr*, (1999) side 817, 819.

⁶⁹ *Baker*, (1999) side 3.

kombineres med foranstaltninger, der gør det mindre attraktivt for licenstageren at sænke sine salgspriser, som f.eks. når licensgiveren forpligter licenstageren til at anvende en mestbegunstigelsesklausul, dvs. en forpligtelse til at indrømme en kunde samme gunstige vilkår, som indrømmes enhver kunde.⁷⁰”

Dersom bestevilkårsklausulen er brukt på et oligopolmarked av en dominerende aktør er klausulen i sterk grad egnet til å begrense et insentiv om en nedsettelse av priser. Et oligopolmarked er et marked med et lite antall tilbydere av en viss størrelse. For aktører i et oligopolmarked vil det allerede som et utgangspunkt være rasjonelt å ikke ta noe initiativ til å redusere prisene⁷¹. En bestevilkårsklausul er egnet til å forsterke denne adferden. Markedsstrukturen i oligopolmarkedene sammen med bruk av bestevilkårsklausuler kan resultere i en atferd der konkurrentene på det relevante handler tilnærmet parallelt, og insentivet til å konkurrere er sterkt begrenset.

3.1.4.2 Diverse utenlandsk rettspraksis⁷².

En reduksjon av partenes insentiv var tema i saken, ”*Mobilix A/S’ distributionsaftale med Merlin A/S*”⁷³ avsaugt av den danske Konkurrencestyrelsen. Både Mobilix og Merlin var blant de mindre aktørene på det relevante marked. Det relevante marked i denne sak ble som tidligere nevnt vurdert til å være salg av landsdekkende teletjenester samt teleprodukter til bruk for mobiltelefon. I sin vurdering av konkurransebegrensningskriteriet fremhevet Konkurrencestyrelsen at markedet for privatkunders mobiltelefon generelt, ble ansett for å være et meget konkurranseutsatt marked både for teletjenester og for teleprodukter. Mobilix og Merlin hadde inntatt en bestevilkårsklausul, dersom Mobilix skulle tilby noen av sine andre distributører høyere provisjonssatser enn dem som var fastsatt i avtalen mellom Merlin og Mobilix, var Mobilix forpliktet til å forhøye Merlins provisjonssatser tilsvarende. Dette er et eksempel på en ”uekte” bestevilkårsklausul som får

⁷⁰ Forordning nr. 772/2004 om anvendelse av EF- traktatens artikkel 81 tredje ledd på kategorier av teknologioverføringsavtaler, artikkel 4. lit. a.

⁷¹ Karnov *konkurranselovens* § 11, note (96).

⁷² Om de rettskildemessige aspekter ved utenlandsk praksis, se redegjørelsen under pkt ”*Generell metode for norsk konkurranserett*”

⁷³ J.nr. 2:8032-234/hh

tilbakevirkende kraft, slik at den også kan karakteriseres som "retrospective". Denne type klausul er den samme som situasjonstilfelle nummer tre⁷⁴. Som påpekt av Black⁷⁵ har juridisk teori ansett dette tilfellet for å ikke medføre en begrensning på konkurransen. Men om denne type klausul uttaler Konkurrencestyrelsen: "*Mestbegunstigelsesklausulen er konkurranserettlig problematisk, fordi den indebærer en betraktelig risiko for uniformering af Mobilix's sine provisjonssatser, idet dennes incitament til at hæve andre distributøres provisioner over Merlins reduceres, fordi konsekvensen er en samtidig provisionsforøgelse til Merlin. Videre uttalte Konkurrencestyrelsen ... "bestemmelsen indebærer derved, at distributørens muligheder for at konkurrere indbyrdes på provisionen udjævnes, hvorfor incitamentet til at konkurrere bortfalder, med deraf følgende begrænsning i intra-brand-konkurrencen.*

Konkurrencestyrelsen poengterte også at klausulen garanterer mottageren, i dette tilfellet Merlin, en fordelaktig markedsposisjon hva gjelder salg av tilbyderens, Mobilix, sine tjenester da selskapet er sikret at ingen andre av Mobilix's distributører får høyere provisjonssatser enn Merlin. Konkurrencestyrelsen vurderte bruken av bestevilkårsklausulen sine virkninger inter partes. Videre vurderte Konkurrencestyrelsen virkningen for konkurrentene til avtalepartene. Konkurrencestyrelsen konkluderte med at bestevilkårsklausulen i falt inn under konkurrencelovens § 6, første ledd tilsvarende den norske konkurranselovens § 10 første ledd. Overnevnte avgjørelse har vekt som illustrasjon etter konkurranselovens § 10 første ledd da begge regelsett har det samme effektivitetsformål. Konkurrencestyrelsen uttaler seg konkret om de konkurranserettslige problemer med bestevilkårsklausuler, og disse uttalelsene kan brukes som eksempel på løsning av tolkningsspørsmål rundt bestevilkårsklausuler.

En begrensning av insentiv var også tema for Konkurrencestyrelsen i saken "*Aftale mellem Palsgaard A/S og Guldbageren A/S*"⁷⁶. I avtalen mellom partene var det inngått en bestevilkårsklausul. Om denne uttalte Konkurrencestyrelsen; "*Denne*

⁷⁴ Se under pkt, "*Redegjørelse for ulike typer bestevilkårsklausuler*".

⁷⁵ Black, (1994) side 1.

⁷⁶ Journal nr.3/1120-0301-/Fødevarer og finans/jf

mestebegunstigelsesklausul innebærer en begrensning af Credins konkurrencemuligheder. Credin vil ikke kunne tilby andre håndværksbagere... lavere priser end Guldbageren. Credin vil ved blot at levere en lille mængde billigere til en anden... tilbagebetale et betydelig beløb. Herved forsvinder Credins incitament til...indgå individuelle aftaler med andre bagere og tilbydesærlig lav pris... ” Konkurrencestyrelsens uttalelser går langt i å si at bestevilkårsklausuler begrenser et foretaks insentiv til å nedsette prisene. Konkurrencestyrelsen konkluderte også her med at bestevilkårsklausulen i falt inn under konkurrencelovens § 6, stk.1, tilsvarende den norske konkurranselovs § 10 første ledd.

Som tidligere nevnt har bruken av bestevilkårsklausuler også vært oppe i amerikansk rettspraksis. Selv om amerikansk rettspraksis har begrenset egenverdi som rettskilde for de norske tolkninger, kan rettspraksisen rundt *the Sherman Antitrust Act*⁷⁷ tjene som illustrasjon ved tolkningen av det EU/EØS- rettslige konkurransebegrensningsbegrep.

Et redusert insentiv ble fremhevet av retten i den amerikanske dommen *Blue Cross and Blue Shield of Ohio v. Joel I. Klein*⁷⁸. På 90- tallet måtte de amerikanske myndigheter og domstoler stadig vurdere bruken av bestevilkårsklausuler, særlig innen helsesektoren. Retten vurderte her nettopp hvordan konkurranseutviklingen ville ha vært på det relevante marked uten bestevilkårsklausulen.

3.1.4.2.1 Kort oppsummering

Det amerikanske selskapet *Blue Cross and Blue Shield of Ohio*⁷⁹ var leverandør av sykehus, medisintjenester og helseforsikringer i nord Ohio. I oktober 1994 meddelte de amerikanske myndigheter BCBSO om at det ville bli igangsatt en etterforskning av deres handelsadferd, en Civil Investigative Demand (CID). Formålet med denne etterforskningen var å vurdere om BCBSO hadde opptrådt på en måte som var i strid med konkurranselovgivningen. BCBSO protesterte på dette, og mente at kravet om etterforskning burde settes til side. Distriktsdomstolen aviste påstanden, og gav de

⁷⁷ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C

⁷⁸ *Blue Cross and Blue Shield of Ohio v. Joel I Klein*, No. 96- 3805

⁷⁹ Fra nå forkortet “BCBSO”.

amerikanske myndigheter rett til å gjennomføre etterforskningen. BCBSO anket dette spørsmålet til the United States Court of Appeals, samtidig som de for distrikt domstolen forela et krav om at alle rettslige prosesser i saken måtte stoppes i påvente av ankebehandlingen. Distriktsdomstolen avviste dette kravet, hvilket gjorde at BCBSO også anket dette spørsmålet inn til United States Court of Appeals.

Det var særlig BCBSO sin bruk av bestevilkårsklausuler konkurransemyndighetene ønsket undersøkt. BCBSO argumenterte med at konkurransemyndighetene var uten mandat til å igangsette etterforskningen da bestevilkårsklausuler ikke under noen omstendighet kunne ha en konkurransehemmende effekt. Distriktsdomstolen avviste dette argumentet, det samme gjorde Court of Appeal.

3.1.4.2.2 Sakens faktum.

Som tidligere nevnt var BCBSO leverandør av ulike helsetjenester i nord Ohio. I sine kontrakter hadde BCBSO brukt en ”uekte” bestevilkårsklausul. Klausulen forpliktet sykehusene til å tilby BCBSO samme eller bedre rabatter enn de som ble tilbudt til andre private betalere. Konkurransemyndighetene hadde en mistanke om at BCBSO sin avtalepraksis medførte begrensninger på konkurransen, og ønsket å kartlegge virkningene av disse. Saken kom opp for The United States Court of Appeals i 1996.

3.1.4.2.3 Rettens syn på saken.

BCBSO fremsatte påstanden om at bestevilkårsklausuler er i samsvar med lovgivningen, og kan derfor ikke være i strid med section 1 eller 2 i *the Sherman Antitrust Act*⁸⁰.

BCBSO hevdet at den eneste konsekvens av deres bestevilkårsklausul var en fremming av konkurransen innen det relevante marked, og var derfor ikke i strid med konkurranselovgivningen. BCBSO uttalte at prisene på det relevante marked hadde sunket etter deres innføring av bestevilkårsklausuler. Denne anførselen ble avvist av retten.

⁸⁰ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C

Førstvoterende vurderte markedet uten en bestevilkårsklausul, og påpekte at uten innføring av bestevilkårsklausulene var det en sjanse for at prisene hadde sunket ytterligere.

Videre mente retten at bestevilkårsklausulen hadde redusert BCBSO og deres konkurrenter sitt insentiv til å konkurrere med hverandre. BCBSO var sterkt uenig i dette. BCBSO mente som tidligere nevnt, at bestevilkårsklausuler aldri kan begrense konkurransen på det relevante marked. Synspunktet var at en bestevilkårsklausul kun er et utslag av kjøpers forhandling med selgeren om best mulig pris. Imidlertid ble også dette resonnementet avvist av retten. Retten rettet fokuset mot partene i avtalen og så på hvilke konsekvenser avtalen ville ha for disse. Retten skilte mellom de tilfeller hvor partene er likeverdige, og de tilfeller hvor kunden er den svake part i kontraktsrelasjonen. Retten påpekte at det kan være riktig at en overfladisk behandling av bestevilkårsklausuler taler i retning av at deres effekt kun er å sikre den part som nyter av klausulen best mulig pris. Men denne type klausul kan også ha konkurransehemmende virkninger. For å illustrere dette poenget henviste førstvoterende til rettspraksis, se *Connell Constr. Co. Inc. v. Plumbers & Steamfitters Local Union, United States v. Eli Lilly & Co*⁸¹, som alle støttet oppfatningen om at det i lang tid har vært anerkjent at bestevilkårsklausuler kan avskrekke bedrifter fra å senke prisene. I de tilfeller hvor det ikke er avtalt noen bestevilkårsklausul står selgeren fritt til å rabattere enkelte kjøpere, uten at dette medfører at også andre kunder har krav på samme rabatt. Retten fremhevet at bestevilkårsklausuler er en garanti for kontraktsparten at han skal behandles på en lik eller bedre måte enn andre kunder. Dette kan sies å være en positiv side av bestevilkårsklausuler i de tilfeller hvor kunden er den svake part i kontraktsrelasjonen. Dette slår imidlertid ikke helt til i de situasjoner hvor den inngåtte bestevilkårsklausul er mellom selgeren og den kjøper som står for størstedelen av selgerens utbytte. I et slikt tilfelle kan bestevilkårsklausulen redusere selgerens insentiv for å også gi andre kjøpere rabatt. Dette synet støttes ikke bare av førstvoterende, men også av *Jonathan B. Baker*, ”*Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of “Most-Favoured-Customer”*”, som førstvoterende også henviser til.

⁸¹ *Connell Constr. Co. Inc. v. Plumbers & Steamfitters Local Union*, No. 100, 421 U.S. 616, 623-25 & nn.1-2 (1975) *United States v. Eli Lilly & Co.*, 159 Trade Cas. (CCH) D.N.J Nov. 30, 1959

Retten så videre på bestevilkårsklausulens virkning innen det relevante marked, her helsesektoren. Som tidligere nevnt kan en bestevilkårsklausul redusere insentivet for selger til å nedsette prisene. I helsesektoren mener retten at dette kan medføre:

”...MFN⁸² clauses might cause providers (...) to deny particular insures discounts that, but for an MFN clause with another insurer, the providers would offer”

Resultatet vil være høyere premier for de som ønsker helseforsikring, eksklusjon av de helseomsorgsleverandører som ønsker å kapre kunder ved å konkurrere på pris, samt at bestevilkårsklausulene kan vanskeliggjøre nyskapende metoder for levering av helsetjenester. Alle de nevnte virkninger er alvorlige begrensninger på konkurransen, og retten mente at BCBSO sin bruk av bestevilkårsklausuler kunne resultere i dem alle. Førstvoterende henviser videre til *Jonthan Baker*⁸³, som i sin bok uttaler at bestevilkårsklausuler kan *” reduc[e] the ability of entrants or rivals to lower their costs”*, og også forenkle et firmas *” achieve[ment] or maintainan[ce of]prices above competitive levels”*.

Etter en konkret vurdering av bestevilkårsklausulenes potensielle effekt på markedet, og en vurdering av markedet uten en bestevilkårsklausul, konkluderte the Court of Appeal med at bestevilkårsklausuler kan ha konkurransehemmende virkninger, og at BCBSO sin bruk hadde begrenset konkurransen i strid med *the Sherman Antitrust Act*.

Klausulen mellom partene var en ”uekte” og ”retrospective” bestevilkårsklausul. Som tidligere nevnt er konsekvensen av en ”uekte” bestevilkårsklausul at en enhver forandring i vilkårene overfor nye kunder, vil innebære en forpliktelse for bedriften ved at bedriften enten må refundere mellomlegget til tidligere kunder, eller inngå mindre attraktive

⁸² MFN clauses, most favoured nations clauses, er den tidligere betegnelse på nå MFC clauses, most favoured customer clauses. MFC clauses har samme betydning som bestevilkårsklausuler på norsk. Det har i juridisk teori utviklet seg en felles lære ved analogi fra MFN clauses, slik at prinsippene rundt MFN også får anvendelse på MFC clauses, jf Stroux (2002) side 32.

⁸³ Baker (1996)

kontraktsvilkår med nye kunder. De aktørene som normalt ville ha konkurrert på pris, har nå lite å tjene på dette. Spesielt når klausulen er ”retrospective” vil incentivet for selskapene til å konkurrere om kundene reduseres slik at også konkurransen mellom bedriftene reduseres. Dette var tilfellet i BCBSO.

Retten vurderte virkningene av den ”uekte” og ”retrospective” klausulen for aktørene på det relevante markedet. Både at den horisontale konkurranse mellom tilbyderne kunne reduseres som følge av klausulen, at nyskapning kunne hindres og at forbrukerne måtte betale mer for viktige tjenester ble vektlagt. Retten vurderte i dette tilfellet klausulens virkning både på innkjøpsmarkedet for tilbyderne og salgsmarkedet for forbrukerne.

Ut fra overnevnte dom kan man trekke at bestevilkårsklausuler kan redusere incentivet til foretak spesielt i de omstendigheter hvor den bestevilkårsbegunstigede er den kjøper som står for størstedelen av selgerens utbytte. Hvis den klausulen som er inngått kan karakteriseres som ”retrospective” øker potensialet for at klausulen kan redusere selgerens incentiv til å rabattere, både overfor sine kontraktsparter og overfor tredjemenn.

3.1.4.2.4 Konkurranselovens § 11

Som nevnt rammer konkurranselovens § 11 både utnyttende og ekskluderende misbruk av dominerende stilling⁸⁴. I relasjon til vurderingstemaet, hvordan konkurransen ville sett ut uten en bestevilkårsklausul, er det særlig ekskluderende misbruk som er relevant for om incentivet til å konkurrere kan ha blitt nedsatt som en følge av avtalen⁸⁵.

Situasjonen er at den avtalte bestevilkårsklausul mellom den dominerende aktør og den forpliktete objektivt sett kan anses å være et utslag av et misbruk, enten i avtale eller ved at den andre part har følt seg presset til å opptre som om avtale hadde foreligget. Som nevnt vil en bestevilkårsavtale inneholde en forpliktelse for den forpliktete til å også forbedre vilkårene til den bestevilkårsbegunstigede dersom han forbedrer vilkårene overfor nye kunder. Dette kan bli kostbart for den forpliktete. Den forpliktete etter bestevilkårsavtalen

⁸⁴ Karnov, *Konkurranselovens § 11*, note (100)

⁸⁵ *The law and economics of Article 82 EC* (2006) side 585.

kan derfor ha lite å tjene på å også inngå avtaler med den dominerende aktør sine konkurrenter. Følgelig, ved at den dominerende aktør får status som bestevilkårsbegunstiget vil den forpliktedes insentiv til å konkurrere på det relevante marked reduseres. Dette synet støttes også av *Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla*⁸⁶ som skriver: ” *For example, where a MFC clause benefits a dominant purchaser, it may act as a barrier to entry for the seller to deal with other buyers*” Videre fremhever forfatterne ”*The net effect may be a reduced incentive for a seller to offer a lower price to any buyer, leading to higher prices overall*”. Resultatet er at det dominerende foretak ved sin bestevilkårsklausul kan lykkes med å presse sine konkurrenter ut av det relevante marked.

3.1.4.3 Konklusjon; I hvilken grad kan bestevilkårsklausulen begrense aktørenes insentiv til å konkurrere på det relevante marked?

Bestevilkårsklausulen må vurderes med henblikk på hvordan restkonkurranse det er på det relevante marked. Dersom det er et marked preget av intens konkurranse vil insentivet til å konkurrere mot hverandre reduseres i mindre grad, enn i et marked med mindre intens restkonkurranse. Et typisk marked med redusert konkurranse er oligopolmarkedene.

Både i ”*Aftale mellem Palsgaard A/S og Guldbageren A/S*”, ”*Mobilix A/S' distributionsaftale med Merlin A/S*” og i ”*BCBSO*” var bestevilkårsklausulen en ”uekte” og ”retrospective” klausul. At en klausul karakteriseres som ”uekte” er ikke nok for å anta at bestevilkårsklausulen begrenser insentivet til aktørene på det relevante marked. Som tidligere nevnt er det et skille mellom de ”ekte” og ”uekte” klausuler, og det er i juridisk teori⁸⁷ antatt at det er den ”ekte” klausul som i sterkeste grad er egnet til å begrense konkurransen. Men overnevnte dommer viser at selv en ”uekte” klausul kan falle inn under forbudsprinsippet. At en klausul er ”retrospective” gjør at klausulen kan få et vidt

⁸⁶ *The law and economics of Article 82 EC*, (2006) side 585.

⁸⁷ *EG-Kartellrecht*, (2005), side 398.

nedslagsfelt. Den tilbakevirkende virkning, er som vist i rettspraksis, godt egnet til å redusere partenes insentiv til å nedsette prisene.

Ved gjennomgang av juridiske teori og praksis kommer det også frem at en må skille mellom hvem som er brukere av klausulen, små, store eller dominerende foretak, og hvem som konsekvensen av klausulen retter seg mot. I ”*Mobilix A/S’ distributionsaftale med Merlin A/S*” ble klausulen brukt av de minste aktørene på markedet. Det var de næringsdrivende som mest sannsynlig måtte bære konsekvensen av klausulen, som for eksempel økte priser, da markedet var sterkt konkurranseutsatt. Men også her ble klausulen ansett for å falle inn under konkurransebegrensningskriteriet.

Konkurrancestyrelsen gav ingen nærmere redegjørelse for hvorfor partenes størrelse ikke var nok til å hindre avtalen i å falle inn under konkurransebegrensningskriteriet. Selv er jeg av den oppfatning at når avtalen er inngått mellom små aktører på det relevante marked bør man være varsom med å i helt generelle setninger avgjøre at avtalen strider mot konkurransebegrensningskriteriet. Spesielt i disse tilfeller bør det undersøkes hvilke virkninger avtalen faktisk har hatt, og ikke bare rette fokus mot avtalens skadevirkende potensial. I ”*BCBSO*” var det BCBSO, den dominerende aktør, som var den bestevilkårsbegunstigede. Som fremhevet av førstvoterende og *Baker*⁸⁸, er det særlig i de situasjoner hvor mottaker av klausulen er en dominerende aktør på det relevante marked, at bestevilkårsklausulen i sterk grad kan redusere den forpliktedes insentiv til å konkurrere på markedet. I disse tilfelle har partene lite å tjene på å foreta forbedringer.

Overnevnte viser at en bestevilkårsklausul brukt av en stor aktør kan i sterk grad begrense et foretaks insentiv til å konkurrere på pris eller forbedring av vilkår. Dette vil ytterligere forsterkes dersom det relevante marked er et oligopolmarked.

Rettens syn i de overnevnte avgjørelser kan ikke oversettes til å ha en direkte lege lata virkning i norsk konkurranserett, men de har verdi som illustrering av problemer rundt bestevilkårsklausuler, og som forslag til løsning av disse.

⁸⁸ Baker, (1996) side 2.

En begrensning av insentiv til å konkurrere er følgelig et relevant moment i vurderingen av konkurransebegrensningskriteriet i konkurranselovens § 10 første ledd. Overnevnte avgjørelser viser at bestevilkårsklausuler i sterk grad er egnet til å begrense dette insentivet. Dersom insentivet er sterkt begrenset er det sannsynlig at dette vil resultere i en begrensning på konkurransen, og derfor være forbudt etter konkurransebegrensningskriteriet i konkurranselovens § 10 første ledd.

3.1.5 Andre vurderingstema: Avveining mot grunnidealet i konkurranseretten.

3.1.5.1 Innledende bemerkninger

Grunnidealet i konkurranseretten er at hver markedsaktør ut fra egne omkostningsforhold fastsetter sin markedsadferd⁸⁹. Spørsmålet er etter dette i hvilke tilfeller bestevilkårsklausuler vil komme på kant med dette grunnidealet.

Det har blitt fremhevet at bestevilkårsklausuler kan lede til en taktisk kollektiv prisningsstruktur⁹⁰, enten ved stilletående markedsadferd eller i et nettverk av inngåtte avtaler. Foretak som ensidig velger å adoptere bestevilkårsklausuler behøver ikke å eksplisitt å avtale at klausulen skal gjelde mellom dem og deres avtaleparter for at de skal regulere avtaleforholdet. Bedriftene kan da profitere på et generelt høyere prisnivå selv om de ikke har inntatt klausulene i sine kontrakter. Videre kan bestevilkårsklausuler som nevnt inntas i et nettverk av avtaler.

3.1.5.2 Diverse utenlandsk rettspraksis⁹¹.

⁸⁹ *Konkurrenseretten i EU*, (2003) side 91.

⁹⁰ *Cooper*, (1986) side 378

⁹¹ Om de rettskildemessige aspekter ved utenlandsk praksis, se redegjørelsen under pkt "Generell metode for norsk konkurranserett".

Denne siden av bestevilkårsklausuler ble fremhevet av Kommisjonen i deres sak mot Hollywood sine filmstudioer⁹². Kommisjonen rettet i 2004 søkelyset mot de konkurranserettslige virkninger av bestevilkårsklausuler på televisjonsmarkedet.

3.1.5.2.1 Sakens faktum

De åtte største filmstudioer i Hollywood hadde i sine kontrakter med europeiske betalingstelevisjons- selskaper, inntatt bestevilkårsklausuler. Den europeiske kommisjonen etterforsket i to år bruken av bestevilkårsklausuler i disse kontraktene, da de var av den oppfatning at bestevilkårsklausulene hadde en negativ effekt på prisene.

Bestevilkårsklausulene ble brukt i de fleste produksjonsavtalene mellom de største Hollywoodstudioene og de europeiske kringkastere som kjøpte senderrettighetene av Hollywood. Produksjonsavtaler brukes ofte i Hollywood, og innebærer stort sett at studioene selger hele deres filmproduksjon til kringkasterne over en viss tidsperiode.

3.1.5.2.2 Kommisjonens syn på saken.

Bestevilkårsklausulen gav studioene rett til å få de beste vilkår avtalt mellom betalingstelevisjons selskap og hvilket som helst av de Hollywoodstudioene som var del av avtalen. Dette er å anse som en "uekte" bestevilkårsklausul, og den var "samtidig", det vil si at den gjaldt kun i den tidsperiode den ble gitt, og kun de kundene den ble gitt til⁹³.

Kommisjonen mente at deres prøving av bestevilkårsklausulene hadde vist at den kumulative effekt av bestevilkårsklausuler var en justering av prisene betalt til studioene, slik at enhver økning i prisene overfor ett av studioene, trigget en parallell prisøkning for de andre studioene. Kommisjonen fastslo at denne måten å fastsette priser på "*is at odds with the basic principle of price competition*". Altså at denne måten å fastsette priser på er i strid med grunnleggende prinsipper for prisfastsettelse i konkurranseretten.

Uten å erkjenne at de hadde brutt EU rettslige konkurranselovgivning, eller at de var enige i Kommisjonen sine vurderinger, bestemte Hollywoodstudioene seg for å fjerne bestevilkårsklausulen fra deres nåværende avtaler. Kommisjonen fastslo at i dette tilfellet

⁹² IP/04/2004, 26.10.2004.

⁹³ Sigrid Stroux, (2002) side 26.

var måten bestevilkårsklausulene bestemte prisene på i strid med grunnleggende prinsipper for prisfastsettelse. Bestevilkårsklausuler er nettopp en måte for selskaper å inngå dynamiske prissettingskontrakter. Ved denne uttalelsen rokker Kommisjonen ved det grunnleggende elementet for bestevilkårsklausuler, og gjør det usikkert hvordan loveligheten av klausulen skal vurderes.

Konkurrencestyrelsen i den tidligere nevnte sak, *Mobilix A/S' distributionsaftale med Merlin A/S*, uttalte om bestevilkårsklausuler at ”...anvendelse af en sådan klausul anses for at være en ikke efficiensbegrunnet forskelsbehandling mellem distributørene, i det reguleringen av Merlins provisionssatser i sådanne tilfelle ikke er objektivt omkostningsbegrunnet”. Ved denne uttalelsen fremhever også den danske Konkurrencestyrelsen at bestevilkårsklausulen kan hindre at avtalepartene i klausulen ut i fra sine egne omkostningsforhold bestemmer sitt eget prisnivå. Før harmoniseringen med EU var bestevilkårsklausuler forbudt etter tysk rett. Etter inkorporeringen av EU- retten ble dette utgangspunktet endret, slik at man nå også her må foreta en konkret vurdering av klausulen. Imidlertid er det fortsatt vurdert slik at bestevilkårsklausuler som kun omhandler pris er forbudt etter tysk rett, og etter *Dr. Michael Meyer* sin mening, også etter europeisk konkurranserett⁹⁴. Kommisjonens behandling av Hollywoodsaken kan tas til inntekt for dette synspunktet.

3.1.5.2.3 Konkurranselovens § 11.

Grunnidealet er at hver markedsaktør opptre uavhengig av hverandre. Imidlertid er det ikke misbruk dersom en dominerende aktør tilpasser seg rasjonelt innenfor de gjeldende strukturelle rammer⁹⁵. Som tidligere nevnt kan bestevilkårsklausuler forenkle en koordinering mellom selgerne på det relevante marked. Det er tvilsomt om dette i seg selv er nok til at det skal foreligge et misbruk under konkurranselovens § 11⁹⁶. Imidlertid kan en slik koordinering mellom foretakene antyde at det er bånd mellom dem, hvilket igjen i

⁹⁴ Dr. Michael Meyer (2004) side 6

⁹⁵ Karnov, *Konkurranselovens § 11*, note (101).

⁹⁶ *The Law and Economics of Article 82 EC*, (2006) side 587.

enkelte tilfeller kan lede til en konklusjon om at det foreligger en kollektiv dominans blant foretakene med en bestevilkårsklausul⁹⁷.

3.1.5.3 Konklusjon: I hvilke tilfeller vil bestevilkårsklausuler komme på kant med grunnidealet i konkurranseretten?

Kommisjonen sier i klartekst at bruken av bestevilkårsklausuler i dette konkrete tilfellet var i strid med grunnidealet for prisfastsettelse i konkurranseretten. I overnevnte tilfellet hadde alle aktørene innenfor et visst produktmarked den samme bestevilkårsklausulen. Det er vanskelig å her sette et skille for hvor langt denne uttalelsen skal tolkes. Den aktuelle klausul var ”contemporeanus” og ”uekte”. Disse to typer bestevilkårsklausuler er alminnelig antatt å være de typer klausuler som er minst inngripende på konkurransen. Det er nærliggende å da slutte at dersom et situasjon ligner det overnevnte, vil dette synspunktet også gjelde for de ”retrospective” og ”ekte” bestevilkårsklausuler.

Relatert til konkurranselovens § 10 første ledd illustrerer de overnevnte avgjørelser at bestevilkårsklausuler i visse tilfelle kan hindre at den enkelte markedsaktør fastsetter prisen ut ifra egne omkostningsforhold. Dersom så er tilfelle, og avtalens effekt er å begrense konkurransen, vil dette kunne stride mot konkurransebegrensningskriteriet i konkurranselovens § 10 første ledd og EØS artikkel 53.

Relatert til konkurranselovens § 11 er det tvilsomt om en selger koordinering i seg selv er nok for å konstantere misbruk etter bestemmelsen.

3.1.6 Tredje vurderingstema: Avveiningen mot den effektive konkurranse.

3.1.6.1 Innledende bemerkninger.

⁹⁷ *The Law and Economics of Article 82 EC*, (2006) side 587.

Et sentralt vurderingstema i konkurransebegrensningskriteriet er om den aktuelle avtale begrenser handlings- eller konkurransefriheten til markedsaktørene. En avtale kan begrense partenes handlefrihet på to måter⁹⁸: Den kan begrense avtalepartenes kommersielle handlefrihet eller tredjemenn sine muligheter⁹⁹. I forhold til tredjemann vil denne begrensningen ofte bestå i en hindring av markedsadgang¹⁰⁰. Spørsmålet blir derfor i hvilke tilfeller bestevilkårsklausuler er egnet til å begrense partenes eller tredjemenns handlefrihet.

I den amerikanske dommen, *Ethyl Corp*¹⁰¹, argumenterte den dissenterende dommer for at dersom man forbød bestevilkårsklausuler ville the Federal Trade Commission finne ” *successful entrants liable for using practices that buyers demand, and this would discourage entry into the market*”. Dette argumentet slår til ved en rent overfladisk behandling av bestevilkårsklausuler. I de tilfeller hvor klausulen er gjenstand for en mer detaljert analyse vil man se at bildet er mer nyansert enn hva den dissenterende her dommer fremhevet.

Bestevilkårsklausuler kan også virke som en markedsbarriere for potensielle nye aktører som ikke er etablert på markedet. Som nevnt kan dette være en begrensning av tredjemann sin handlefrihet. Dette kan illustreres med et eksempel. Foretaket F ønsker å konkurrere på elektronikk markedet. For å møte denne konkurransen inngår en av bedriftene, bedrift B, som allerede er på markedet en bestevilkårsklausulsavtale med sine kunder. Dersom kundene finner lavere pris et annet sted, skal de få kjøpe samme vare hos bedrift B til samme pris. Konsekvensen av dette er at foretak F får vanskeligheter med å skaffe kunder ved å konkurrere på pris. Dersom foretak F senker prisen vil bedrift B gjøre det samme. Bedrift B oppnår da at kundene heller kjøper vare A hos dem enn hos foretak F. Dette gjør det vanskelig for foretak F å skaffe seg de nødvendige markedsandeler, hvilket igjen kan lede til at foretak F må trekke seg fra markedet.

⁹⁸ Norsk konkurranserett, (2006) side 257.

⁹⁹ Konkurrenceretten i EU, (2003) side 91.

¹⁰⁰ Sak C- 234/89 *Delimitis mod Henninger brau*.

¹⁰¹ *Ethyl Corp* 101 FTC 425, 628- 32 (1983)

Bestevilkårsklausuler kan være å finne i horisontale avtaler, hvorpå den konkrete virkning av avtalen også kan ha vertikale virkninger¹⁰². For eksempel kan en inkludering av en bestevilkårsklausul mellom to konkurrenter på et oligopolmarked føre til et prisnivå som ligger høyere enn prisene på et monopolmarked. Dette vil få virkning for konsumenten som ønsker å kjøpe varen. Når et horisontalt samarbeid igangsettes kan dette få virkning for konsumentene. Konsumentenes mulighet til å presse frem en konkurranse mellom aktørene på det relevante marked kan reduseres¹⁰³. Det er sannsynlig at bestevilkårsklausulen, når brukt i et horisontalt samarbeid, kan redusere viktige konkurranseparametere som service, utvalg og produktforbedringer, og samt en forhøyning av det generelle prisnivået på det relevante marked. Denne situasjonen er mest praktisk i de markeder hvor konsumentmakten allerede er svak, slik at muligheten til å presse tilbyderne er liten. For eksempel i strøm og gassmarkedet.

3.1.6.2 Diverse utenlandsk rettspraksis¹⁰⁴.

Begrensningen av tredjemenns handlefrihet var også tema for retten i den tidligere nevnte dom, *Blue Cross and Blue Shield of Ohio v. Joel I. Klein*. Retten vurderte her konsekvensen av klausulen overfor tredjeparten som næringsdrivende, og for forbrukerne. Dette vil si, både overfor innkjøpsmarkedet og salgsmarkedet.

BCBSO hevdet som tidligere nevnt at bestevilkårsklausuler i alle tilfelle virker konkurransefremmende. BCBSO henviste til den amerikanske dommen *Kartell v. Blue Shield of Massachusetts*¹⁰⁵. Avtalepraksisen i *Kartell v. Blue Shield of Massachusetts* inneholdt ikke en bestevilkårsklausul, men en fremgangsmåte for prissetting som gikk ut på at forhandlere seg i mellom avtalte at Blue Shield skulle bestemme hvilken sum de skulle belaste kundene med. Protesten fra saksøkerne var ikke rettet mot at denne

¹⁰² Baker, (1996) side 1.

¹⁰³ Koldstad, (2005) side 10.

¹⁰⁴ Om de rettskildemessige aspekter ved utenlandsk praksis, se redegjørelsen under pkt "Generell metode for norsk konkurranserett"

¹⁰⁵ *Kartell v. Blue Shield of Massachusetts*, 749 F. 2d 922 (1st Cir. 1984) bekreftet avslått, 417 U.S. 1029 (1985)

fremgangsmåten hadde stoppet forhandlerne fra å belaste kundene med det beløp de ønsket, men de protesterte på at en dominerende aktør på markedet bestemte prisnivået. Retten avviste saksøkernes protest, men distingverte samtidig den forelagte sak fra andre tilfeller hvor en fremgangsmåte vil ha samme virkning som om en tredje aktør grep inn i markedet. Avgjørelsen i *Kartell v. Blue Shield of Massachusetts* ble av retten i BCBSO- dommen ikke ansett for å være til støtte for BCBSO sitt argument. Retten i BCBSO- dommen sammenligner disse tilfellene med bruken av bestevilkårsklausuler. Også bestevilkårsklausuler kan avskrekke leverandører/forhandlere fra å handle med tredjeparter. Den forpliktete leverandør/forhandler vil i mange tilfeller oppleve det som svært kostbart å inngå forbedrende kontrakter med tredjeparter. Ved at forhandlere avskrekkes fra å handle med tredjeparter, vil handlefriheten til tredjemenn bli begrenset. Man kan si at bestevilkårsklausulen reduserer valgfriheten også til andre tilbydere enn de som er med i avtalen.

Videre mente retten at det var en mulighet for at BCBSO sine bestevilkårsklausuler hadde fungert som en markedsbarriere for nyskapende virksomheter. Gjennom dette var bestevilkårsklausulen egnet til å begrense konkurransen på en fremtidig basis. Konsekvensen vil kunne være en økning av prisnivået på markedet, samt at en reduksjon i konkurransen mellom tilbyderne vil gi kundene færre valgmuligheter, og BCBSO sin adferd ble vurdert til å kunne ha skadet konkurransen på en fremtidig basis. Retten konkluderte med at bestevilkårsklausuler i sterk grad var egnet til å avskrekke leverandører/forhandlere fra å handle med tredjeparter. Dette begrenser også handlefriheten til tredjemenn.

I den tidligere nevnte avgjørelse, ”*Mobilix A/S distributionsaftale med Merlin A/S*”, mente Konkurrancestyrelsen at ved at distributørenes muligheter til å innbyrdes konkurrere på provisjonen ble utjevnet, slik at incentivet til å konkurrere ble redusert, ville dette også medføre en begrensning i intra-merke konkurranse. Konkurrancestyrelsen foretok ingen konkret vurdering av om den intra-merke konkurranse var blitt begrenset. Avgjørende var bestevilkårsklausulens potensielle konkurransehemmende virkninger.

3.1.6.2.1 Konkurranselovens § 11.

Utnyttende misbruk karakteriseres ved at den dominerende aktør bruker sin markedsposisjon til kreve fordeler av etterspørerne som de ikke kunne ha oppnådd i et konkurransemarked¹⁰⁶. I relasjon til bestevilkårsklausuler blir vurderingstemaet om bestevilkårsklausulen har blitt inngått mellom partene fordi den dominerende aktør har brukt sin markedsposisjon til å få den vedtatt. I forhold til tredje vurderingstema, den effektive konkurranse, er vurderingstemaet om dette begrenser handlefriheten inter partes, og for tredjemenn, og om dette igjen resulterer i en urimelig høy markedspris for forbrukerne. I den britiske saken ”*Thomson Holidays*”¹⁰⁷, ble bestevilkårsklausulen brukt av de to dominerende aktørene på markedet, og klausulen ble ansett for å begrense handlefriheten til den forpliktete, hvilket igjen ledet til et høyere prisnivå for kjøperne av utenlandsreisene.

3.1.6.2.2 Kort oppsummering

I november 1996 sendte organisasjonen Fair Trading to saker for evaluering til the *Monopolies and Mergers Commission*¹⁰⁸. Bakgrunnen var en bekymring for at det hadde oppstått en monopollignende situasjon innen Storbritannias reiselivsbransje. Det forelå avtaler mellom reisearrangørene og turoperatørene som regulerte forhold rundt kjøp og salg av utenlandsreiser. Rapporten utarbeidet av MMC¹⁰⁹, konkluderte med at det var ulovlig for turoperatører å inkludere bestevilkårsklausuler i deres kontrakter med reiselivsarrangørene. Thomson Holidays ønsket å utfordre rapporten fra MMC, og protesterte på rapportens konklusjon til the Court of Appeal. Dette førte til en ny regel hvilket tillot en bruk av bestevilkårsklausul under visse vilkår.

3.1.6.2.3 Sakens faktum

¹⁰⁶ *Norsk Konkurranserett*, (2006) side 362.

¹⁰⁷ *R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p Thomson Holidays* [2000] ECC 321

¹⁰⁸ Britiske *Monopolies and Mergers Commission*, fra nå forkortet MMC.

¹⁰⁹ Akman pinar, (2006) side 1.

Bestevilkårsklausuler ble brukt av to dominerende aktører i markedet, Thomson og Airtours. Disse to turoperatørene hadde ved å bruke sin markedsposisjon oppnådd bestevilkårsavtaler med turarrangører. Den aktuelle klausul påtvang den enkelte reisearrangør svært restriktive vilkår. Reisearrangørene var forpliktet til å reklamere reisene tilbudt av turoperatørene på samme måte som de promoterte konkurrerende reisearrangører. Dersom de forbedret vilkårene til noen av konkurrentene til Thomson, måtte de også forbedre vilkårene ovenfor Thomson. Denne avtalevarianten av en bestevilkårsklausul er karakterisert som en "uekte" bestevilkårsklausul. I tillegg hadde Thomson en avtaleklausul hvor Thomson sine underselskaper gav varierende finansielle og ikke-finansielle goder til reisearrangøren, mot at denne arrangøren forpliktet seg til innen de viktigste salgsperiodene i året, å ikke rabattere reisene til andre turoperatører mer enn de rabatterte Thomson sine reiser. Denne tilleggsavtalen kan karakteriseres som en "contemporeanus" bestevilkårsklausul. Konsekvensen av bestevilkårsklausulene var at Thomson var sikret at den originale (katalog) prisen til en konkurrent ikke kunne bli redusert uten en lik reduksjon i prisen for de produkter som var med i bestevilkårsavtalen¹¹⁰. Konkurrentene til Thomson hadde vært villige til å betale høyere kommisjon til reisearrangørene, mot at disse da gav bedre rabatter på ferieturene. På grunn av avtalen med Thomson var reisearrangørene avskåret fra å inngå avtalen. Reiseoperatørene protesterte på Thomson sin bruk av klausuler siden disse begrenset reisearrangørenes frihet til å inngå fordelaktige avtaler med andre operatører enn Thomson.

3.1.6.2.4 *Monopolies and Mergers Commission* sitt syn på saken.

MMC- rapporten hadde definert klausulene brukt av Thomson som bestevilkårsklausuler. MMC så på de ulike konsekvensene av avtalen for avtalepartene. Avtaleklausulene var et resultat av at Thomson hadde brukt sin markedsposisjon til å påtvinge reisearrangørene bestevilkårsklausulene. MMC- rapporten konkluderte med at klausulen hadde begrenset valgfriheten til reisearrangørene, og at gjennom en begrensning av deres valgfrihet begrenset de også konkurransen mellom turoperatører og reisearrangører. Bestevilkårsklausulen ble ansett for å begrense konkurransen mellom reisearrangører da nivået på rabattene

¹¹⁰ Ibid s. 7.

arrangørene ble tilbudt ble holdt lavere enn hva de ellers ville ha blitt¹¹¹.

Bestevilkårsklausulen ble også ansett for å begrense konkurransen mellom turoperatørene i og med at noen av turoperatørenes produkter ble rabattert til et lavere nivå enn de ellers ville ha blitt.

The MMC så også på partenes størrelse på det relevante marked. Reiselivsmarkedet i Storbritannia bar preg av å være et oligopol, med få og store aktører. Thomson og Airtours var på etterforskingstidspunktet de to største reiseselskapene i Storbritannia, med en markedsandel på 25%. Dette var med på å prege MMC sin vurdering av klausulene. MMC sa i sin rapport at det eksisterte en "*complex monopoly situation*"¹¹². Etter å ha vurdert klausulens effekt på markedet, konkluderte MMC i sin rapport at bestevilkårsklausulene hadde medført begrensning på konkurransen, og på denne måten skadet samfunnet som helhet. MMC uttalte videre "*We recommend that 'most favoured customer' clauses be prohibited*"¹¹³.

MMC vurderte videre bestevilkårsklausulens konsekvenser for forbrukssiden, innkjøpsmarkedet. Besteprisvilkårsklausulen ble ansett for å være i strid med samfunnets interesser som helhet. Dette begrunnet MMC med at de har en direkte effekt på hva kjøperne betaler for varen, da de holder nivået på rabattene nede, hvilket igjen medfører at prisene på utenlandsreiser blir høyere enn de ellers ville ha vært.

Konsekvensen av bestevilkårsklausulen i dette tilfellet var at Thomson sine samarbeidspartnere ble påtvunget vilkår de ikke ønsket. Ved å påtvinge bestevilkårsklausulen misbrukte de sin markedsrett til å få igjennom en for dem gunstig klausul, på bekostning av den forpliktete. Denne handlemåten er i strid med prinsippene i EF- traktatens artikkel 82. Dersom overnevnte tilfelle hadde skjedd innenfor Norges grenser er det sannsynlig at dette ville blitt resultatet også etter konkurranselovens § 11.

¹¹¹ Ibid s.9.

¹¹² MMC Report (n 1) para. 2. 167.

¹¹³ Pinar (2006) side 10.

Fra rapporten kan man også se at det er relevant hvordan avtalen er inngått. Thomson hadde misbrukt sin markedsposisjon til å påtvinge sine avtaleparter bestevilkårsklausulen. Et lignende forhold i norsk rett ville da fort kunne falle inn under konkurranselovens § 11 a) ”å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår”.

EF- domstolen har gjennom rettspraksis, se *Michelin mot Kommisjonen I*¹¹⁴, slått fast at det også under misbruksvurderingen må foretas en analyse av om avtalen har negativ effekter på markedet. I ”*Thomson Holidays*” hadde Thomson brukt bestevilkårsklausuler av typen ”uekte” og ”contemporeanus”. Den samlede effekt av disse ble ansett for å begrense konkurransen. Ut i fra dommen kan man trekke at også i tilfeller hvor klausulen er ”contemporeanus” kan bestevilkårsklausulen stride mot konkurransebegrensningskriteriet.

Videre, ut fra rapporten kan man også se at aktørenes markedsposisjon på det relevante marked spiller inn ved konkurransebegrensningsvurderingen. Begge aktørene som brukte klausulen var dominerende på det relevante marked, restkonkurransen var som en følge av dette redusert. Det skal da mindre til enn ellers for at en avtale vil stride mot konkurransebegrensningskriteriet¹¹⁵. Retten mente også at klausulen i dette tilfellet hadde skadet samfunnet som helhet. Dersom bestevilkårsklausulen kan sies å ha en slik konsekvens vil man i norsk rett plassere den rettslige vurderingen under konkurranselovens § 11 b, ”å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukere”. Retten la altså vekt på de konkrete virkninger klausulen hadde på samfunnet, herunder forbrukere.

3.1.6.3 Konklusjon: I hvilke tilfeller bestevilkårsklausuler er egnet til å begrense partenes eller tredjemenns handlefrihet?

¹¹⁴ Sak 322/ 81, *Michelin mot Kommisjonen I*, premiss 70.

¹¹⁵ *Norsk Konkurranserett*, (2006) side 339.

De "ekte" bestevilkårsklausuler vil fungere som en begrensning på både den kommersielle handlefrihet for partene, og for tredjemenn sine handlemuligheter. Dersom en slik klausul er brukt mellom partene, er det rimelig å anta at en konkurransebegrensning vil foreligge. I de tilfelle hvor en "uekte" bestevilkårsklausul regulerer avtaleforholdet, vil det kunne foreligge en konkurransebegrensning dersom den begunstigede er en dominerende aktør på markedet, se "*BCBSO*" og "*Thomson Holidays*". Dersom den begunstigede er en dominerende aktør er det videre en større sannsynlighet for at klausulen vil virke som en markedsbarriere for nye aktører. Videre vil restkonkurransen være begrenset, slik at de gjenværende aktører har færre handlingsalternativer.

Det er særlig den når bestevilkårsklausulen er en "retrospective" klausul at handlefriheten anses som begrenset. Dette ble illustrert i "*BCBSO*", "*Thomson Holidays*" og "*Mobilix*" sakene. Imidlertid kan også den "contemporeanus" klausul aktørenes handlefrihet, jf "*Thomson Holidays*".

Som tidligere nevnt har utenlandsk rettspraksis ingen selvstendig rettskildestatus for norsk konkurranserett. Imidlertid mener jeg overnevnte avgjørelser er gode eksempler hvor hvordan lignende tilfeller kan løses etter norsk konkurranserett.

3.1.7 Merkbarhetskravet i konkurranselovens § 10 første ledd.

Det har gjennom rettspraksis utviklet seg som et absolutt vilkår at konkurransen må begrenses merkbart for at avtalen skal være i strid med konkurransebegrensningskriteriet i § 10 første ledd¹¹⁶. Dersom merkbarhetskravet ikke er oppfylt vil avtalen falle utenfor konkurranselovens § 10 første ledd. Merkbarhetskravet er utviklet for å avlaste domstolene fra å måtte ta stilling til de helt bagatellmessige virkninger på konkurransen. EF- domstolen har fastslått at konkurransen begrenses merkbart dersom avtalen " *på grundlag af en*

¹¹⁶ NOU 2003:12 side 229.

*flerhed af objektive, retlige eller faktiske omstændigheder med tilstrækkelig sandsynlighed kan forudses, at den kan udøve en direkte eller indirekte, aktuell eller potensiell indflydelse på handelen mellem medlemsstaterne på en måde, der kan være til skade for virkeliggjørelsen af målene mellemstatsligt enhedsmarked¹¹⁷”. Momenter i denne vurderingen er gjennom rettspraksis, se *Beguelin mot G.L. Import/ Export*¹¹⁸, satt til å være partenes størrelse, om det foreligger særlige markedskarakteristika og arten av det kontraktsvilkår som vurderes. Spørsmålet blir etter dette når og i hvilken grad bestevilkårsklausuler etter en helhetsvurdering merkbart kan begrense konkurransen.*

3.1.7.1 Partenes størrelse

I mange situasjoner vil bestevilkårsklausulen bli inngått i horisontale eller vertikale avtaler med små aktører på det relevante marked. I disse tilfeller vil mange av avtalene stoppes av merkbarehetskravet, slik at det ikke vil være aktuelt å vurdere om avtalen er i strid med forbudet i konkurranselovens § 10 første ledd. EFTAs Overvåkningsorgans bagatellkunngjøring kvantifiserer i sin kunngjøring om bagatellavtaler når en avtale kan sies å falle utenfor artikkel 81 første ledd fordi den ikke begrenser konkurransen merkbart¹¹⁹. Som redskap oppstiller bagatellkunngjøringen markedsandelsterskler. I kunngjøringens avsnitt 7 settes terskler for partenes markedsandeler. Det skilles mellom avtaler inngått mellom konkurrenter, horisontale avtaler, og vertikale avtaler, avtaler mellom ikke-konkurrerende foretak. Merkbarehetskravet blir strengere vurdert når den inngåtte avtale er mellom konkurrenter, og dette gir også utslag i markedsandelsterskelen som da er på 10 prosent, mot 15 prosent for ikke-konkurrerende selskaper. Tilsvarende vilkår som det overnevnte må innfortolkes i konkurranselovens § 10¹²⁰.

¹¹⁷ Forente saker 100-103/80 *Musique Diffusion Francaise m.fl. mot Kommisjonen*, (premiss 84).

¹¹⁸ Sak 22/71, *Beguelin mot G.L. Import/Export*

¹¹⁹ Kunngjøring fra EFTAs Overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS- avtalens art. 53 nr. 1, EØS- tillegget til den Europeiske Unions Tidende 2003, nr. 15s. 11-14.

¹²⁰ NOU 2003:12 side 229

I sak *"Zurich Forsikrings formidlingsaftale med Djurslands Bank"*¹²¹ avlagt av den danske Konkurrencestyrelsen, var det inngått en bestevilkårsklausulsavtale. I denne sak ble bestevilkårsklausulen ansett for å ikke være konkurransebegrensende da klausulen i det konkrete tilfellet ikke kunne tillegges markedsbegrensning. Avgjørende var at Zurich Forsikring hadde en markedsandel på under 2 prosent, og Djurslands Bank hadde en markedsandel på 0,2 prosent på det relevante marked, og avtalen var en vertikal avtale primært av teknisk kommersiell karakter. Partenes størrelse på det relevante marked var her avgjørende for at avtalen ikke ble ansett som konkurransebegrensende. Dette stemmer godt overens med presumsjonen om at små og mellomstore foretak normalt anses for å falle utenfor terskelverdiene¹²²

I sin vurdering av *"Aftale mellem Palsgaard A/S og Guldbageren A/S"* mente Konkurrencestyrelsen at bestevilkårsklausulen hadde redusert konkurrentene til Guldbageren sine muligheter til å oppnå lavere priser fra Credin enn de priser Guldbageren oppnådde. Konkurrencestyrelsen konkluderte med at avtalen hadde begrenset konkurransen merkbart og begrunnet dette med at Credin var en betydelig aktør på markedet og at dette medførte at det resterende delen av markedet ble hindret i å oppnå lavere priser på Credins varer. Konkurrencestyrelsen fastsatte ikke den konkrete markedsandel, men det at Credin var en betydelig aktør ble vektlagt. Partenes størrelse på det relevante marked var også her avgjørende for Konkurrencestyrelsens resultat.

Men det er ikke i alle tilfelle at markedspåvirkningen kommer på spissen. I den tidligere nevnte sak *"Mobilix A/S sin distributionsaftale med Merlin A/S"* hadde Mobilix 5 prosent av markedet, hvilket er godt under markedsandelsterksskelen på 15 prosent for vertikale avtaler. Bestevilkårsklausulen ble i dette tilfellet ansett for å stride mot konkurransebegrensningskriteriet, men Konkurrencestyrelsen foretok ikke en vurdering etter merkbarhetskriteriet.

¹²¹ Journal nr 2: 8032-213.

¹²² Olav Koldstad, Forelesning dag 3, våren 2008.

3.1.7.2 Særlige markedskarakteristika

Det er særlig i konsentrerte markeder, som oligopolmarkeder, at en bestevilkårsklausul lett kan falle inn under merkbarhetskriteriet, se ”*Thomson Holidays*”. I slike tilfeller vil en avtale lettere kunne ha ringvirkninger for de resterende aktører i markedet. I markeder med mange tilbydere av det aktuelle produkt på det relevante marked skal det mer til for at en avtale strider mot merkbarhetskriteriet¹²³. Dersom det forligger parallelle nettverk av bestevilkårsavtaler, er det dets samlede virkning på konkurransen som må vurderes¹²⁴. I saken ”*Hollywood filmstudioer*” var det inngått et nettverk med bestevilkårsklausuler. Det var den samlede virkning som Kommisjonen måtte vurdere mot merkbarhetsvilkåret.

3.1.7.3 Arten av kontraktsvilkåret

Avtaler som er merkbare, men som kun har moderate skadevirkninger skal ikke tillegges samme restriktiv skadevirkning som ellers¹²⁵. Om bestevilkårsklausulen har liten betydning for konkurransen mellom de involverte kan den bli ansett for å være av bagatellmessig betydning og dermed falle utenfor konkurransebegrensningskriteriet, jf *Pavlov*¹²⁶. Kommisjonen i avgjørelsene *ARGEV*, *ARO*¹²⁷ vurderte skadepotensialet ved bruken av bestevilkårsklausuler mot skadepotensialet ved eksklusivitetsavtaler. Eksklusivitetsavtaler er gjennom gruppefritak unntatt fra konkurransebegrensningskriteriet i konkurranselovens § 10 første ledd. Kommisjonen mente at bestevilkårsklausuler ikke har en selvstendig skadevirkning ved siden av eksklusivitetsavtaler, og kan derfor ikke ha en merkbar konkurranserettslig virkning i strid med artikkel 81. Kommisjonen mente at bestevilkårsklausuler hadde en mangel i forhold til eksklusivitetsavtaler når det gjelder deres konkurranseskadelige virkninger, og kunne derfor ikke anses for å i merkbar grad begrense konkurransen¹²⁸.

¹²³ *Norsk konkurranserett*, (2006) side 290.

¹²⁴ *Norsk konkurranserett*, (2006) side 290.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Forenede saker C-180/98- C-184/98 *Pavlov*.

¹²⁷ ABI. 2004 L 75/ 59

¹²⁸ Dr. Michael Meyer (2004) side 13

3.1.7.4 Konklusjon

Mange bestevilkårsklausuler vil gå klar av konkurransebegrensningskriteriet med den begrunnelse at de ikke merkbart vil begrense konkurransen. De tilfeller som er av mer tvilsom karakter er hvor avtaleparten eller avtalepartene er dominerende aktører på markedet jf. markedsandelstersklene. Dersom resten av det relevante marked er konsentrert er det større sannsynlighet for at konkurransen i sterk grad kan begrenses av bestevilkårsklausulen. De nevnte avgjørelsene ”*BCBSO*” og ”*Thomson Holidays*”, er gode illustrasjoner på dette. I ”*BCBSO* – dommen” ble bestevilkårsklausulen ansett for å ha så potensielt omfattende negative virkninger at bestevilkårsklausulen måtte etterforskes. I ”*Thomson Holidays*” medførte bruken av bestevilkårsklausuler at lovgiver så seg nødt til å lovregulere bruken av klausuler innen reiselivsbransjen.

Selv om Kommisjonen i ”*ARGEV*” og ”*ARO*” har vurdert bestevilkårsklausuler til å ikke ha selvstendig betydning ved siden av eksklusivitetsavtaler mener jeg at bestevilkårsklausuler medfører en merkbar begrensning på konkurransen i de tilfeller hvor den begunstigede er en dominerende aktør på markedet, og restkonkurransen ellers er svak. Her vil klausulen i sterk grad begrense konkurransen. Motsatt, dersom avtalen er inngått mellom små aktører på et marked med intens restkonkurranse vil avtalen i liten eller ingen grad begrense konkurransen, og derfor heller ikke omfattes av merkbarhetskriteriet.

3.1.8 Konklusjon: I hvilken grad vil en bruk av bestevilkårsklausuler rammes av de materielle vilkår oppsatt i konkurranselovens §§ 10 første ledd og 11?

Etter en vurdering av bestevilkårsklausuler opp i mot vilkårene i konkurranselovens §§ 10 første ledd og 11, har jeg kommet frem til at bestevilkårsklausuler i særskilte situasjonstyper kan ha konkurransebegrensende virkning i strid med

konkurransebegrensningskriteriet i konkurranselovens § 10 første ledd, og kan utgjøre et misbruk etter konkurranselovens §11.

Dersom bestevilkårsklausulen kan karakteriseres som en "ekte" bestevilkårsklausul vil handlefriheten inter partes bli sterkt begrenset, og dersom de øvrige materielle vilkår er oppfylt vil klausulen rammes av konkurranselovens § 10 første ledd. En "uekte" bestevilkårsklausul vil i mindre grad enn den "ekte" rammes av forbudsprinsippet. Men som vist gjennom rettspraksis kan også den "uekte" type bestevilkårsklausul begrense konkurransen i strid med konkurransereglene. Den "retrospective" klausul er den som i sterkeste grad anses for å redusere insentivet om forbedring av vilkår overfor tredjeparter. Dersom det er inngått en "retrospective" klausul trekker det i retning av at denne kan rammes av de materielle vilkår i konkurransebestemmelsene. At disse anses som konkurranserettslig tvilsomme vises ved at de ofte er gjenstand for vurdering i rettspraksis. Den "contemporeanus" bestevilkårsklausul er mer sjeldent oppe til vurdering i rettspraksis. Men som vist ved gjennomgangen av "*Hollywood- saken*", kan også denne type bestevilkårsklausul begrense konkurransen. Dette vil typisk være i de tilfeller hvor klausulen får virkninger for mange avtaleparter i en viss tidsperiode, slik at konkurransen merkbart vil begrenses, se igjen "*Hollywood- saken*".

Hvilke parter på det relevante marked som har inngått avtalen er også viktig for å vurdere i hvilken grad bestevilkårsklausulen vil rammes av de materielle vilkår oppstilt i konkurranselovens §§ 10 og 11. Når klausulen brukes av en stor aktør på det relevante marked vil klausulen i sterk grad kunne stride mot de materielle regler i konkurranselovens § 10. Som vist ved gjennomgangen av rettspraksis vil bestevilkårsklausulen kunne legge sterke begrensninger på den kommersielle handlefrihet både til partene i avtalen og til tredjemenn. Jo mindre aktøren er jo mindre sannsynlig er det at konkurransen merkbart vil begrenses. Dersom den dominerende aktør på det relevante marked har misbrukt sin posisjon i kontraktsforhandlingen til å tvinge igjennom bestevilkårsklausulen vil dette kunne rammes av konkurranselovens § 11.

Også det relevante marked vil ha betydning for den materiellrettslige vurdering av i hvilken grad bestevilkårsklausulen vil kunne begrense markedet i strid med konkurranselovens § 10 første ledd. I markeder med lite restkonkurranse skal de mindre til for at en bestevilkårsavtale anses for å begrense konkurransen, enn i et marked med sterk restkonkurranse. Klausulen er i sterkere grad egnet til å begrense konkurransen. Forfatteren *Black*¹²⁹ konkluderte med følgende i sin redegjørelse for om bestevilkårsklausuler pålegger registrerbare begrensninger under The Restrictive Trade Practices Act 1976: ” *it is argued here that they always impose such restrictions: this is a consequence of their logical structure...* ”. Som vist i BCBSO vil en bestevilkårsklausul lettere bli ansett for å begrense konkurransen ”sårbare” markeder som helsemarkedet¹³⁰, hvor særlige hensyn gjør seg gjeldende.

Dersom det foreligger en konkurransebegrensning etter konkurranselovens § 10 første ledd kan bestevilkårsklausulen kun tillates i de tilfeller hvor tiltaket unntas gjennom et gruppefritak eller at bestevilkårsklausulen oppfyller de fire kumulative vilkår oppstilt i konkurranselovens § 10 tredje ledd. Jeg vil i det følgende vurdere, forutsatt at bestevilkårsklausulen har ledet til en begrensning av konkurransen, om og i hvilke tilfeller bestevilkårsklausulen likevel bør tillates med begrunnelse i konkurranselovens § 10 tredje ledd eller etter den ulovfestede læren om objektiv begrunnelse i konkurranselovens § 11.

3.2 Kan en bestevilkårsklausul allikevel tillates etter konkurranselovens § 10, tredje ledd eller den ulovfestede læren om objektiv begrunnelse etter konkurranselovens § 11?

3.2.1 Innledning

¹²⁹ *Black*, (1994) side 1.

¹³⁰ Se førstvoterendes redegjørelse for konsekvensen av bestevilkårsklausulen på helsemarkedet i BCBSO-dommen.

Konkurranselovens § 10 tredje ledd gir anvisning på unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler. Forutsetningen for at unntaket skal komme til anvendelse er at det kan påvises at de samfunnsmessige effektivitetsgevinster oppveier det samfunnsøkonomiske tap forbundet med bestevilkårsklausulens konkurransebegrensende virkninger¹³¹. Det er særlig to typer effektivitetsgevinster som kan anføres som forsvar for en bestevilkårsklausul. Disse skal underlegges en nærmere redegjørelse under pkt 3.2.3.

Dersom foretaket har en dominerende stilling i konkurranselovens forstand vil det foreligge en sterk formodning om at unntaket etter konkurranselovens § 10 tredje ledd er uanvendelig¹³². Jo i sterkere grad avtalen er egnet til at den dominerende aktør får styrket sin dominerende stilling, jo mindre sannsynlig er det at unntaket etter § 10 tredje ledd vil komme til anvendelse¹³³. EF- domstolen har slått fast at en veldig stor markedsandel i seg selv er tilstrekkelig for å konstantere at et foretak er dominerende¹³⁴. For det tilfellet at markedsandelen overstiger 50 prosent oppstilles en sterk presumpsjon om dominans i lovens forstand¹³⁵. Også virksomheter med en markedsandel på 40 og 50 prosent kan bli vurdert som dominerende.

EF- domstolens har oppstilt to hovedvilkår for at som må være oppfylt for at det skal foreligge en objektiv begrunnelse etter konkurranselovens § 11. Den dominerende atferden må være begrunnet i et legitimt hensyn, og adferden må representere et proporsjonalt virkemiddel for å ivareta dette legitime formålet¹³⁶. Dette unntaket skal tolkes snevert. Det er kun i de situasjoner hvor det legitime hensyn ikke kan ivaretas på en annen måte at unntaket kan anvendes¹³⁷. Dette unntaket er lite praktisk for bruken av bestevilkårsklausuler, og jeg avgrenser derfor fra en nærmere redegjørelse for dette. Dersom bestevilkårsklausulen blir vurdert til å falle inn under konkurranselovens § 11 vil

¹³¹ *Norsk konkurranserett*, (2006) side 295.

¹³² *The Law and Economics of Article 82 EC*, (2006) side 39.

¹³³ *Ibid* side 39.

¹³⁴ Sak 85/76 *Hoffman- La Roche*,

¹³⁵ Hans Graver, (2004) side 348.

¹³⁶ *Norsk konkurranserett*, (2006) side 515.

¹³⁷ *Norsk Konkurranserett*, side 373.

klausulen ikke likevel kunne gjelde mellom partene med begrunnelse i den ulovfestede læren om objektiv begrunnelse.

I medhold av konkurranselovens § 10 fjerde ledd kan det gis gruppefritak for visse typer avtaler. For at et fritak skal gis etter fjerde ledd må vilkårene oppstilt i tredje ledd være oppfylt for den avtaletypen det er gitt et fritak for. I dette ligger at avtaletypen gjennomgående må medføre effektivitetsgevinster som oppveier deres konkurransebegrensende virkninger. Dersom bestevilkårsklausuler omfattes av gruppeunntaket vil bestevilkårsavtalen kunne implementeres mellom partene og i forhold til tredjemenn uhindret av forbudet i konkurranselovens § 10 første ledd. Slike avtaler kan bare forbys for framtiden, og bare dersom EFTAs overvåkningsorgan eller en nasjonal konkurransemyndighet i en EFTA-stat formelt trekker tilbake gruppefritaket. Avtaler som faller inn under gruppefritaket kan ikke kjennes ugyldige av en nasjonal domstol i en privat tvist¹³⁸. Bestevilkårsklausuler som ikke omfattes av gruppefritaket må underkastes en konkret vurdering av konkurranselovens § 10 første ledd jf tredje ledd. Spørsmålet blir etter dette om bestevilkårsklausuler kan falle inn under et gruppeunntak.

3.2.2 Bestevilkårsklausuler, gjenstand for gruppefritak?

Det er ikke gitt et generelt gruppefritak for de horisontale avtaler da disse gjennomgående bedømmes strengere innen konkurranseretten enn de vertikale avtaler¹³⁹. I medhold av konkurranselovens § 10 fjerde ledd er det gitt et gruppefritak for vertikale avtaler¹⁴⁰. Som nevnt, med vertikale avtaler forstås avtaler mellom virksomheter på ulike trinn av omsetningskjeden. Gruppefritaket er vidt og omfatter alle avtaler som faller inn under de eksplisitt nevnte fritakene.

I de tilfeller hvor leverandørens andel av det relevante marked ikke overstiger 30 prosent er det en presumpsjon for at de vertikale avtalene som ikke inneholder visse typer alvorlige

¹³⁸ <http://www.efta.int/content/publications/EEASupplements/supplement-2007-NO/42-no.pdf>

¹³⁹ *Konkurrenseretten i EU*, (2003) side 272.

¹⁴⁰ Guidelines on Vertical Restraints, Official Journal C 122, 23/05/2002 p.1

konkurransebegrensninger generelt medfører en forberet produksjon eller distribusjon som også forbrukerne vil få en andel av. I ” *Zurich Forsikrings formidlingsaftale med Djurslands Bank* ” var begge parter markedsandel godt under 30 prosent.

Bestevilkårsklausulen hadde karakter av en informasjonsplikt overfor den begunstigede slik at koordineringen mellom foretakene ble forenklet. Følgende av koordineringen kunne komme forsikringstagerne til gode. Denne saken kan tale for at bestevilkårsklausuler kan unntas i gruppefritaket. Imidlertid er gruppefritaket for vertikale avtaler er ikke ment å omfatte avtaler som inneholder visse typer alvorlige konkurransebegrensninger som normalt vil påvirke konkurransen også ved lave markedsandeler¹⁴¹. Som eksempler nevnes avtaler som inneholder reguleringer av minstepriser eller faste videresalgspriser. I ” *Vejle Frysehus’ aftale med Dansk Supermarked Indkøb I/S* ”¹⁴² ble en bestevilkårsklausul avtalt mellom parten. Klausulen inntatt i avtalen lød som følger: ”... ingen kan få tilbudt priser lig eller bedre end de priser, der er aftalt mellem DS og VF...”¹⁴³. Realiteten i denne avtalen var en prisfastsettelse for konkurrentene til DS og VF. Ingen avtaleparter kunne få lavere pris enn det som var fastsatt i avtalen. Avtalen viser at bestevilkårsklausulens karakter er å regulere pris eller vilkår både inter partes og overfor tredjemenn. At det er lite juridisk teori og rettspraksis relatert til bestevilkårsklausulen plassering under gruppefritaket for vertikale avtaler er et moment i retning av at bestevilkårsklausuler ikke kan fritas under dette gruppefritaket.

Konklusjonen blir etter dette at bestevilkårsklausuler er ikke gjenstand for gruppefritak for vertikale avtaler. Det er ingen andre gruppefritak som vil være relevante for unntaksvurderingen etter tredje ledd. Som nevnt skal avtaler som ikke kan unntas under et gruppefritak underlegges en individuell vurdering etter tredje ledd. En vurdering etter tredje ledd er svært konkret. Jeg vil i det følgende derfor begrense oppgaven til å redegjøre for noen hovedtyper av effektivitetsgevinster som kan fremkomme ved bruk av bestevilkårsklausuler.

¹⁴¹ <http://www.regjeringen.no/nn/dep/fad/Dokument/Hoyringar/Hoyringsdokument/2004/Horing-Forslag-til-forskrifter-om-gruppefritak-etter-konkurranseloven-10-fjerde-ledd/3.html?id=96771>

¹⁴² *Vejle Frysehus’ aftale med Dansk Supermarked Indkøb I/S*, Rådsmødet den 27. oktober 1999.

¹⁴³ Side 4 av 8.

3.2.3 Effektivitetsgevinster

Professor Jonathan Baker¹⁴⁴ og Akmar Pinar¹⁴⁵ nevner særskilt to typer effektivitetsgevinster: en reduisering av kjøperens overvåkningskostnader og langtidskontrakter.

3.2.3.1 Reduserte overvåkningskostnader.

Den første relaterer seg til konsumenter, og en reduksjon av deres kostnader fordi bestevilkårsklausulen letter søkeprosessen etter rimeligere priser. Dersom en kontraktspart er en del av en avtale med en bestevilkårsklausul kan avtaleparten være trygg på at han vil få de samme vilkår som andre konsumenter. Bestevilkårsklausulen reduserer konsumentens overvåkningskostnader ved at konsumenten ikke trenger å overvåke konkurrentenes priser¹⁴⁶. I og med avtalen, er selgeren forpliktet til å justere prisen for å ikke bli ansett for å bryte kontrakten. Videre, bestevilkårsklausuler er godt egnet til å sikre kjøpere med forhandlingskraft en best mulig avtale¹⁴⁷. Dommer Judge Posner i *Blue Cross & Blue Shield United of Wisconsin* uttalte følgende:

“ most favoured nations ” clauses are standard devices by which buyers try to bargain for low prizes, by getting the seller to agree to treat them as favourably as any of their other customers¹⁴⁸ ” .

Ved at kjøperen ikke behøver å bruke store ressurser på å sammenligne priser, for eksempel ved å innhente anbud eller lignende, reduseres bedriftens kostnader. I de situasjoner hvor dette medfører store besparelser for bedriften, realiseres en økonomisk gevinst. Dersom denne gevinsten blir plassert slik at den indre effektiviteten i bedriften øker, og konsekvensen av dette er reduserte enhetskostnader, kan dette resultere i en samfunnsøkonomisk gevinst. Dette forutsetter imidlertid at den bedriftsøkonomiske gevinst

¹⁴⁴ Baker (1996) side 3.

¹⁴⁵ Pinar (2006) side 20.

¹⁴⁶ Stroux (2002) side 33.nv

¹⁴⁷ Pinar (2006) side 20.

¹⁴⁸ *Blue Cross & Blue Shield United of Wisconsin*.

ikke har et direkte motsvar i et tilsvarende tap hos en annen aktør¹⁴⁹. Videre er det kun i de tilfelle hvor kostnadsbesparelsen har direkte sammenheng med bestevilkårsklausulen, at en effektivitetsgevinst kan realiseres. Det må altså foreligge en årsakssammenheng mellom den konkurransebegrensende avtale, bestevilkårsklausulen, og den samfunnsøkonomiske fordel, reduserte enhetskostnader, for at tiltaket skal ansees for å resultere i en effektivitetsgevinst.

Overnevnte besparelse vil imidlertid ikke slå til i alle situasjoner. I den situasjon hvor det relevante marked er et marked med mange interessenter og det er kostbart for interessentene å søke etter best mulig vilkår, kan dette resultere i at den uvitende kjøper vil betale mer for samme vare enn den som har søkt etter best mulig pris¹⁵⁰. Dersom en annen opplyst interessent overbeviser tilbyderer om at han må redusere prisen for å møte konkurransen, kan avtaleparter med bestevilkårsklausulen nyte godt av denne kjøperens forhandling med selgeren. Avtaleparten behøver ikke selv å måtte inn i en ny forhandlingsprosess med tilbyderer. En uvitende kjøper som forhandler seg frem til en bestevilkårsklausul kan forvente at han vil oppnå de samme fordeler som en opplyst søker, uten et kostbart søk etter priser. Dette kan lede til at nye kjøpere, i stedet for å forhandle med pris, har som mål å få en bestevilkårsstatus. Etter at en bestevilkårsstatus er oppnådd er det få eller ingen kjøpere som oppnår å få produktet til en billigere pris. Dette har sammenheng med bestevilkårsklausulens karakter, det er kostbart for tilbyderer å redusere overfor en kjøper, da dette medfører at han også må redusere overfor resten av de bestevilkårsbegunstigede. Konsekvensen er at prisene stiger også for de informerte kjøperne, ettersom selgeren kommer til å se flere ulemper med å redusere enn fordeler. Som påpekt av *Baker*¹⁵¹ er effektivitetsgevinsten i form av reduserte overvåkningskostnader kun en kortsiktig virkning. Den langsiktige virkningen er også her økte priser.

¹⁴⁹ *Norsk Konkurranserett*, (2006) side 299.

¹⁵⁰ *Baker*, (1996) side 3.

¹⁵¹ *Baker*, (1996) side 3.

Dersom bestevilkårsklausulen brukes i et relevant marked hvor klausulen oppfyller de overnevnte vilkår kan klausulen anses for å bedre produksjonen eller den indre effektiviteten i foretaket. Dette forutsetter imidlertid at den langsiktige virkningen ikke er en generell prisforhøyning.

3.2.3.2 Langtidskontrakter

Den andre effektivitetsgevinsten relaterer seg til bruk av langtidskontrakter.

Bestevilkårsklausuler i langtidskontrakter kan forenkle fremtidige prisjusteringer som en reaksjon på forandringer på markedet¹⁵². Målet er å ha en kontrakt som alltid speiler markedsprisen¹⁵³. Bestevilkårsklausulen fungerer dynamisk, og sørger for at kjøperen alltid får en oppdatert markedspris. Dette kan være gunstig både for selgeren og kjøperen, alt ettersom i hvilken retning prisen endrer seg. Bestevilkårsklausulen sikrer en elastisitet i avtaleforholdet, partene trenger i mindre grad å forutse hvilke endringer som kan komme i markedet. Dette kan gjøre det mindre risikabelt å inngå lange leveringsavtaler, en selger fastsetter ikke en statisk utsalgspris, originalprisen er et utgangspunkt, det er markedet som siden bestemmer hvor prisen skal ligge.

En dynamisk prissetting gjør som nevnt at partene ikke på samme måte behøver å spekulere i hvilken retning prisen vil endre seg. I de situasjoner hvor bestevilkårsklausulen har som konsekvens at partene ikke behøver å innhente fagkunnskap, eller foreta omstendige markedsanalyser, vil bedriftens kostnader reduseres. Dersom dette medfører at kapitalen spares, eller plasseres i andre deler av bedriften, med den konsekvens at den indre effektiviteten i bedriften øker, vil dette kunne resultere i reduserte enhetskostnader, hvilket igjen kan resultere i en samfunnsøkonomisk gevinst. Imidlertid må det foreligge en direkte årsakssammenheng mellom den dynamiske prissettingen og den samfunnsøkonomiske gevinst, slik at bestevilkårsklausulen i det konkrete tilfellet medfører en effektivitetsgevinst.

¹⁵² *The Law and Economics of Article 82 EC*, (2006) side 586.

¹⁵³ Akman, (2006) side 20.

Langtidskontrakter er egnet til å fremme lojalitet i kontraktsforhold. I de situasjoner hvor bestevilkårsklausulen fremmer lojaliteten i kontraktsforholdet kan også en effektivitetsgevinst foreligge. Partene blir vant til å handle med hverandre, misforståelser unngås fordi man har større forståelse for hva den andre part mener. Partene slipper også å bruke masse ressurser i en ny pre- kontraktuel fase med andre leverandører. Alle disse konsekvensene er egnet til å redusere et foretaks kostnader. Dersom det kan bevises at lojaliteten har frigjort kapital, og denne kapitalen har realisert seg i en bedriftsøkonomisk gode, som igjen realiserer seg i en samfunnsøkonomisk gode, kan bestevilkårsklausulen resultere i en effektivitetsgevinst.

Overnevnte virkninger er spesielt aktuelt i de tilfeller hvor bestevilkårsklausuler blir brukt i langsiktige avtaler på markeder utsatt for hyppige konjunktursvingninger. Et eksempel på et slikt marked er gassmarkedet, hvor leverandørene av gass må kontraktuere med brønneierne uten kunnskap om den fremtidige gassetterspørselen. En prisfikset kontrakt er lite attraktiv da den vil vanskeliggjøre å effektivt respondere på markedsforandringer. For gassleverandørene er det positivt å slippe å måtte reforhandle prisen hvert år, mye fordi i et marked preget av svingninger kan sette leverandørene i en mindre gunstig forhandlingsposisjon. Videre, fra det tidspunkt firmaet begynner å borre etter gass vil de befinne seg i en sårbar posisjon overfor oppdragsgiver i de år oppdraget varer. For å forskyve denne maktbalansen kan man inngå kontrakter med bestevilkårsklausuler, makten blir flyttet fra oppdragsgiver til markedet som helhet, og lojaliteten mellom partene kan lettere opprettholdes.

4 Rettslige konsekvenser av at en bestevilkårsklausul anses for å være i strid med konkurranselovgivningen.

4.1 De rettslige sanksjoner ved overtredelse av konkurranselovens § 10 og/eller § 11.

Ved brudd på konkurranseloven kan både sivil- og strafferettslige sanksjoner anvendes. Konkurranselovens § 10 andre ledd legger til rette for at private parter kan håndheve konkurransereglene ved at avtaler i strid med § 10 kan statueres som ugyldige. Også konkurranselovens § 11 er umiddelbart anvendelig og kan påberopes av private parter for domstolene¹⁵⁴. Også etter § 11 vil avtalen kunne kjennes ugyldig¹⁵⁵. En privat håndhevelse av reglene kan skje parallelt med en administrativ eller strafferettslig forfølgelse av et eventuelt krav¹⁵⁶.

I de fleste avgjørelser av den danske Konkurrencestyrelsen ble bestevilkårsklausulen møtt med et krav om opphevelse, for eksempel i den tidligere nevnte avgjørelse "*Mobilix A/S' distributionsaftale med Merlin A/S*". Avtalen ble her fritatt fra forbudet i konkurranselovens § 6, vår konkurranselov § 10, på den betingelse av at "*partene opphever mestbegunstigelsesklausulen i aftalens § 4.3...*"¹⁵⁷ Det samme var tilfelle i "*Aftale mellem Palsgaard A/S og Guldbageren A/S*"¹⁵⁸ hvor Konkurrencestyrelsen uttalte "... *Mestbegunstigelsesbestemmelsen i aftalen er derfor påbudt ophævet...*". Ugyldighet etter andre ledd rammer kun så langt ugyldigheten rekker¹⁵⁹. Dersom bestevilkårsklausulen er inntatt som en del av flere avtalevilkår, vil, dersom disse er i overensstemmelse med lovgivningen, de resterende vilkår fortsatt være rettskraftig mellom avtalepartene. I de fleste saker avgjort av Konkurrencestyrelsen er det nettopp dette som var tilfellet. Bestevilkårsklausulen ble opphevet, mens de resterende deler av avtalen fortsatte å være gyldig mellom partene.

¹⁵⁴ *Konkurrenseretten i EU*, (2003) side 582.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Karnov, *konkurranselovens § 10* note (78)

¹⁵⁷ J.nr. 2:8032-234/hh side 1 av 10.

¹⁵⁸ Journal nr.3/1120- 0301-/Fødevarer og finans/jf.

¹⁵⁹ Ibid.

Ved siden av å påby opphør av den ulovlige atferden kan Konkurransetilsynet ilegge et foretak et overtredelsesgebyr jf. Konkurranselovens § 29. Størrelsen på gebyret er avhengig av foretakets omsetning, hvor grov overtredelsen er, og hvor lenge overtredelsen har pågått. I alle tilfelle kan gebyret ikke overstige 10 prosent av foretakets omsetning¹⁶⁰. Jeg har ikke funnet eksempler i praksis hvor Konkurransetilsynet eller lignende offentlige instanser har ilagt et foretak et gebyr som følge av en bestevilkårsklausul.

Brudd på loven kan straffesanksjoneres med offentlige sanksjoner som bøter og fengsel. Uaktsomme og forsettlige overtredelser kan straffes med inntil tre år, og ved særdeles skjerpene omstendigheter med fengsel inntil seks år, konkurranselovens § 10, jf konkurranseloven § 30. Også medvirkning rammes¹⁶¹. Straffansvaret gjelder imidlertid ikke for overtredelser av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i § 11. Sanksjonering av overtredelser av § 11 må derfor skje ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 29¹⁶².

5 De lege ferenda.

Etter en gjennomgang av rettspraksis og juridisk teori er min oppfatning at dommere og juridiske forfattere i en for sterk grad slutter fra konklusjonen om at det foreligger en begrensning av partenes kommersielle handlefrihet, til at denne begrensningen resulterer i at konkurransen på det relevante marked begrenses i strid med konkurranselovgivningen. At det i så sterk grad tas hensyn til partenes kommersielle handlefrihet kan sees på som et uttrykk for at det EU – rettslige konkurransebegrensningsbegrep bygger på den såkalte *Freiburg- skole*¹⁶³. I henhold til denne er en begrensning av den kommersielle handlefriheten mellom partene en tilstrekkelig og nødvendig betingelse for at en avtale skal

¹⁶⁰ Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 22. august 2005.

¹⁶¹ NOU 2003:12 side 113.

¹⁶² http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/178604/KAP7_SANKSJONER.PDF

¹⁶³ *Konkurrenseretten i EU*, (2003) side 92.

rammes av konkurransebegrensningskriteriet innen EU- retten. Etter min mening går denne retningen for langt i å vektlegge hensynet til den kommersielle handlefrihet mellom partene. I vurderingen av hensynet til den kommersielle handlefrihet må man også trekke inn det karakteristiske ved en avtale. I det en part inngår en avtale vil parten i større eller mindre grad frivillig ha begrenset sin egen handlefrihet. Det er jo nettopp som en konsekvens av den frivillige avtale, i denne sak inngåelse av en bestevilkårsklausul, at handlefriheten begrenses. Min vurdering er at det både i den juridiske teori og i rettspraksis bør skifte fra en vektlegging av den kommersielle handlefrihet til en større vektlegging av også av de økonomiske overveielser.

Videre mener jeg at rettspraksis i større grad bør undersøke de konkrete effekter av en avtale på det relevante marked. Ved min gjennomgang av juridisk teori og rettspraksis i relasjon til bestevilkårsklausuler har jeg sett at det i stor grad fokuseres på bestevilkårsklausulens skadepotensial på det relevante marked. Kun i få saker¹⁶⁴ foretok retten en grundig undersøkelse av avtalens effekt på det relevante marked. Etter mitt skjønn trekker hensynet til riktige rettsavgjørelser i retning av at det i større grad bør brukes ressurser på å kartlegge de konkrete effekter av avtalen.

¹⁶⁴ BCBSO, og ” Zurich Forsikrings formidlingsaftale med Djurslands Bank ” er eksempler på en konkret vurdering av den økonomiske effekt.

6 Litteraturliste

6.1 Bøker

EØS- rett, Fredrik Sejersted... [et. al] 2. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2005.

Kartellgesetz, Bechtold 3. utgave 2003, § 14 GWB, Rn. 9.

Konkurranserett, Skogly Trond, Kirkesæther Alf I, Hamar, 2000.

Konkurranseloven med kommentarer, Ekeberg Lasse, Gjøvik, 1999.

Konkurrenceretten i EU, Christensen Andreas...[et.al.] København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag og forfattere, 2003.

Norsk konkurranserett, Kolstad Olav og Ryssdal Anders, Universitetsforlaget, 2006.

The law and economics of article 82 EC, O' Donoghue Robert, Padilla A Jorge, Oxford and Portland, Oregon, 2006.

Vertical Agreements in EC Competition Law, Wijckmans Frank, Oxford University Press, 2006.

6.2 Artikler

Akman Pinar, Hviid Morten, *A Most-Favoured-Customer Guarantee with a Twist*, CCP Working Paper 05-8, 2006.

Baker Jonathan, *Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of "Most-Favoured-Customer" Clauses*, 64 Antitrust L.J 517 (1996)

Black Oliver, "Most favoured customer" clauses: application of the Restrictive Trade Practices Act 1976, *European Competition Law Review*, 1994.

Cooper, T.E, *Most-favoured Customer Pricing and Tacit Collusion*, 1986, 17 Rand Journal of Economics.

Doherty, F. James Jr, “*Most Favored Nation Clauses in Payor/Provider Agreements*”
 University of Maryland School of Law Emanuelsson Par & Lindholm Oskar, *Cooperative Pricing Theory with an Application on the Swedish Banking Sector*, 2000.

Fehr E and Schmidt KM, “*A Theory of Fairness, Competition, and Cooperation*” (1999) 114 (3) The Quarterly Journal of Economics, 817,819.

Graver Hans, “*Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranselovens § 11*.” Fagfellevurdert artikkel, 2004.

Olav Koldstad, *Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme ”forbrukerens interesser”*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2005 s.1, Universitetsforlaget.

Dr. Meyer Michael, “*Salto rückwärts im Kartellrecht? Meistbegünstigungsklauseln nach der sibten GWB-Novelle*”, wrp. Seite 1456-1464, Deutscher Fachverlag GmbH, Dezember 2004.

Stroux Sigrid, *Economics of Oligopoly: An Introduction for Lawyers*, EUI Working paper Law No. 2002/6

6.3 Lovgivning

2004, Lov av 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS- avtalens konkurranseregler, (EØS-konkurranseloven)

1992, Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) av 1992-11-27-109.

2004, Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) 2004-03-05

1957, Traktat om opprettelsen av Det europeiske fellesskap av 25. mars 1957 med senere endringer (EF- traktaten)

Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C

6.4 Dommer

Sak C-41/69, *AFC Chemiefarma mot Kommisjonen*, Sml. 1970 s. 107

ABI. 2004 L 75/ 59

Sak 22/71, *Beguelin mot G.L. Import/Export*, Sml. 1971 side 257

Blue Cross and Blue Shield of Ohio v. Joel I Klein, No. 96- 3805

Blue Cross and Blue Shield of Ohio v. Marshfield Clinic

Forenede saker 56/ 65 *Consten and Grundig v. Commission* [1966] E.C.R. 299C

Connell Constr. Co. Inc. v. Plumbers & Steamfitters Local Union, No. 100, 421 U.S. 616, 623-25& nn.1-2 (1975)

Court of Appeal in R v Secretary of State for Trade and Industry ex parte Thomson Holidays [2000] ECC 321

Danske Konkurrencestyrelsen: Journal nr.3/1120-0301-/Fødevarer og finans/jf , Journal nr.3/1120-0301-0277/MVN/FI, J.nr. 2:8032-234/hh, *Vejle Frysehus' aftale med Dansk Supermarked Indkøb I/S*, Rådsmødet den 27. oktober 1999.

Sak C- 234/89 *Delimitis mod Henninger bräu*, Sml. 1991 s. I-935.

Ethyl Corp 101 FTC 425, 628- 32 (1983)

Sak 85/76, *Hoffman- La Roche*, Sml. 1979 s. 461

Forente saker 96-102/82 *I.A.Z International Belgium*, sml. 1983 side. 3369

Forenede saker 48/69, 49/69 og 51-57/69, *ICI v. Commission* [1972] E.C.R. 619

Forenede saker 6 og 7/73, *Istituti Chemioterapico Italiano SpA v Commission* IP/04/2004, 26.10.2004

Sak C- 7/95 P, *John Deere Ltd mot Kommisjonen*, premiss 77, saml. 1998 side I-3111

Kartell v. Blue Shield of Massachusetts, 749 F. 2d 922 (1st Cir. 1984), bekreftet avslått, 417 U.S. 1029 (1985)

C-41/90, *Klaus Hofner og Fritz Elsner mot Macrotron GmbH*, sml. 1991 side I- 1979.

T-322/81, *Michelin mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 3461 *Michelin*, Sml. 1983 s. 3461

Forente saker 100-103/80 *Musique Diffusion Francaise m.fl. mot Kommisjonen*, Saml. 1983 s. 1825

Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross & Blue Shield of Rhode Island, 883 F.2d 1101 (1st Cir.1989) cert. denied, 494 U.S 1027 (1990)

Forenede saker C-180/98- C-184/98 *Pavlov*

Sak 56/65, *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*, Sml. 1965-68 side 282 (ECR 1966 side 211)

Sak 311/84, *Telemarketing (CBEM) mot CL Tog IPB*, Saml.1985 s 3261

Sak 28/77, *Tepea v. Commission* [1978] E.C.R. 1391

Sak 27/76, *United Brands Company mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 207

No. 96-113/p, *United States v. Delta Dental of Rhode Island*, 1996 WL 570397 (D.R.I. Oct. 2, 1996)

United States v Eli Lilly & Co., 159 Trade Cas. (CCH) D.N.J Nov. 30, 1959

Sak 209/78, *Van Landewyck v. Commission*, [1980] E.C.R. 3125

6.5 Forarbeider/ Etterarbeider

NOU, *Ny konkurranselov*, 2003:12

Karnov, *konkurranseloven, og EØS-konkurranseloven*

Forskrift nr. 909 av 22. august 2005, *om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. Guidelines on Vertical Restraints*, Official Journal C 122, 23/05/2002

Kunngjøring fra EFTAs Overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS- avtalens art. 53 nr. 1, EØS- tillegget til den Europeiske Unions Tidende 2003, nr. 15s. 11-14.

Forordning nr. 772/2004 *om anvendelse av EF- traktatens artikkel 81 tredje ledd på kategorier av teknologioverføringsavtaler*, (EUT 2004 L 123 side 11)

EUT [2004] C 101/ 97 Europakommisjonens retningslinjer for anvendelse av EF-traktatens artikkel 81 nr 3.

6.6 Nettdokument

<http://www.efta.int/content/publications/EEASupplements/supplement-2007-NO/42-no.pdf>

http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/rap96da_da.pdf (10.09.2008)

http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/1996/1031.htm (10.09.2008)

<http://www.regjeringen.no/nn/dep/fad/Dokument/Hoyringar/Hoyringsdokument/2004/Horing-Forslag-til-forskrifter-om-gruppefritak-etter-konkurranse-loven-10-fjerde-ledd/3.html?id=96771>

http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/178604/KAP7_SANKSJONER.PDF

6.7 Personlig meddelelse

Olav Koldstad, Forelesning dag 3, våren 2008.

7 Lister over tabeller og figurer m v